

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AMÉLIA DO CARMO SAMPAIO ROSSI

**NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO
DA PERSPECTIVA POSITIVISTA DO DIREITO**

CURITIBA

2011

AMÉLIA DO CARMO SAMPAIO ROSSI

**NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO
DA PERSPECTIVA POSITIVISTA DO DIREITO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

AMÉLIA DO CARMO SAMPAIO ROSSI

NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA POSITIVISTA DO DIREITO

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito no programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, de de 2011.

Aos que acreditam nas utopias.

AGRADECIMENTOS

A feitura de um trabalho como este é tão difícil quanto se encontrar amigos que nos ajudam, ao longo do caminho irregular e impreciso da vida, a tornar a caminhada menos árida e solitária. Uma tese exige dedicação, esforço e reflexão intelectual, desenvolvidas em um espaço de solidão e isolamento, capazes de propiciar a maturação das ideias e pesquisas, para que elas acabem tomando corpo e até mesmo, alguma independência em relação ao próprio autor, a ponto de que ambos (autor e obra) acabem dialogando entre si, na produção e reprodução do conhecimento.

Toda e qualquer construção, para ser profícua, exige um esforço intenso e uma grande doação, mas nos dá também um prazer imenso quando percebemos que não apenas o autor trabalhou a obra, mas que, principalmente, a obra trabalhou e trabalha em nós, nos aperfeiçoando e enriquecendo em relação ao que éramos antes de iniciá-la. A construção de uma tese é também uma construção de nós mesmos e talvez seja esta a grande doação com a qual o trabalho, ao final, nos retribui.

A construção deste trabalho, com certeza, tornou-se igualmente menos árida e solitária por meio da presença de determinadas pessoas que se tornaram, ao longo desta trajetória, responsáveis por tudo de bom que esta construção pôde, dentro de seus limites, estabelecer.

Essas pessoas, por um presente que a vida às vezes nos dá, foram muitas e cada uma delas contribuiu com o que pôde de melhor; certas vezes com um abraço, ou em outras com um olhar de cumplicidade, ou cedendo os seus ouvidos pacientemente, ou ainda, com uma conversa amigável e palavras de incentivo, mas que em todas as ocasiões, sempre foram participações estabelecidas com muita alegria. A alegria de estarmos juntos, de compartilharmos determinados valores, angústias e objetivos, ou até mesmo a alegria da convivência pura, simplesmente pelo motivo de juntos, termos o privilégio de poder celebrar a vida enquanto ela acontece da maneira mais cotidiana possível.

Esses amigos companheiros, foram e são muitos, a quem tenho o privilégio de agradecer neste momento, nominando um a um, como se estivesse, simbolicamente, dando-lhes um abraço de acolhimento e um obrigado por compartilharem comigo, a existência.

Aos amigos, Danielle Anne Pamplona e Rafael Braz, Claudia Barbosa e Celso Kaestner e José Querino Tavares Neto, pelo compartilhamento da vida, pelo apoio, carinho e incentivo de todas as horas e pela alegria da convivência.

À Ana Letícia B. Duarte Medeiros, pela proximidade de almas, em que pese a distância “ geográfica” que nos separa.

À Vera Karam de Chueiri, porque me deu generosamente o privilégio de chamá-la de amiga e pelo exemplo de sabedoria, cultura e humildade, em uma alquimia que somente verdadeiras pessoas conseguem empreender.

Às amigas, Maristela Marques de Souza, pelo carinho e delicadeza sempre tão importantes no trato com o outro, e Elayne Calsavara, porque me ensinaram que os amigos são, efetivamente, um presente que ganhamos.

Aos amigos e amigas “da vida inteira” pela paciência e pela essencialidade da presença constante ao meu lado, Maria Lúcia Bonilauri, Giselle Folda, Polyana Urso, Elaine Costa, Cristina (Taina) Weber, Heloisa Abrão, Carmen Ferreira, Laura Pereira e Luiz Carlos Domingues Garcia.

Agradeço enfim, à vida que me deu amigos e aos amigos que me deram vida.

Aos meus pais, Erotides e Bernadete, pelo exemplo de ambos em teimar pela vida e com a vida e à Rachel, Márcio e Breno porque todos trazem a luz e o aconchego do sol aos meus dias.

Agradeço também a força de um amor, que ao caminhar sozinho se perdeu, mas que enquanto existiu, foi sopro de vida e inspiração neste trabalho.

Agradeço também à Banca de Qualificação desta tese, composta pelos seguintes professores: Professor Doutor Egon Bockmann Moreira, Professor Doutor Marcos Augusto Maliska e Professora Doutora Vera Karam de Chueiri, pela gentileza, disponibilidade, e argumentações que muito contribuíram para a finalização deste trabalho.

Agradeço ainda e especialmente, ao Professor Dr. Alvacir Alfredo Nicz, meu orientador e incentivador, pela confiança mais uma vez em mim depositada.

Utopia [...] ella está en el horizonte. Me
acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos.
Camino diez pasos y el horizonte se corre
diez pasos más allá. Por mucho que yo
camine, nunca la alcanzaré. Para que sirve la
utopia? Para eso sirve: para caminar.

(*Las palabras andantes** - **Eduardo Galeano**)

RESUMO

Até que ponto se está ou não, hoje, realmente diante de uma transformação ruptural, não apenas na maneira de interpretar o direito, mas também na maneira de concebê-lo, é o tema central em torno ao qual orbitam as considerações teóricas apresentadas neste estudo, que se desenvolverão no sentido de demonstrar a defasagem da leitura positivista do direito tomada neste trabalho por meio da perspectiva de Kelsen e Hart. A compreensão normativa dos princípios desenvolvida especialmente sob a visão de Dworkin promove um reencontro entre a moral e o direito, fazendo com que a tese positivista da separação e neutralidade se encontre vencida ante a realidade das Constituições principiologicais atuais. Os princípios normativos passam a encontrar, especialmente nas Constituições do segundo pós-guerra, o seu *locus* natural, imantando aqueles Textos do mais variados direitos fundamentais e exigindo, em função da alteração que promovem na própria teoria das normas, uma renovação também das teorias hermenêuticas e a construção consistente de uma teoria da adjudicação. Esta ultrapassagem da mentalidade positivista se dá em função de um desenvolvimento constitucional que se tem mostrado protagonista na implementação de inovações que vão, em função da sua fundamentabilidade e importância, alterar a própria teoria do direito. Ainda que a doutrina positivista tenha atingido com Hart em seu *Pós Scriptum* um refinamento e desenvolvimento capazes de conciliar direito e moral em uma relação contingencial, como faz o chamado positivismo incorporacionista, esta não parece ser a realidade dos ordenamentos constitucionais contemporâneos, que, em tempos de pós-positivismo, não apenas demonstram as relações necessárias travadas entre a moral e o direito como também se mostram mais capazes do que a leitura positivista do direito, para apresentar possibilidades de solução mais satisfatória aos problemas gerados pela realidade complexa e muitas vezes paradoxal, com que se deparam hoje as estruturas sociais.

Palavras-chave: Direito. Moral. Positivismo. Positivismo Avançado. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

Until what point whether or not today, we are really facing a rupture, not just in the way of interpreting the law, but also how to conceive it, is the central theme around which orbit the theoretical considerations presented in this study and that will develop in order to demonstrate the gap in Kelsen's and Hart's positivist reading of the law. The normative understanding of principles developed especially from Dworkin's perspective, promotes a reunion between morality and law and makes the strength of the positivist view of separation and neutrality subdued face the current Constitutions which are fulfilled with principles. The normative principles are to find, especially in the Constitutions of the second post-war, its natural locus, permeating those texts of the most varied fundamental rights and demanding, because of the change that they promote in the theory of norms itself, also a renewal of the hermeneutic theories and the construction of a consistent theory of adjudication. This surpassed positivist mindset occurs due to a constitutional development that has proven to be protagonist in the implementation of innovations that will, on account of their reasons and importance, change the very theory of law. Although the positivist doctrine has reached with Hart – in his *Post Scriptum* –, a development and refinement able to combine law and morality in a contingent relationship, as does the so-called incorporationist positivism, this does not seem to be the reality of the contemporary constitutional orders, which in times of post-positivism, not only demonstrate the necessary relationships that take place between morality and law but also seems to be more capable than the positivist reading of the law to provide opportunities for more satisfactory solution to the problems generated by the complex and often paradoxical reality facing today's social structures.

Keywords: Law. Morality. Positivism. Advanced positivism. Neoconstitutionalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - A PERSPECTIVA JURÍDICO POSITIVA DE Kelsen E HART. O CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO DO POSITIVISMO JURÍDICO	21
1 O POSITIVISMO JURÍDICO	21
1.1 NÚCLEOS ESSENCIAIS DA DOCTRINA POSITIVISTA: A DIVISÃO COMPREENSIVA DE NORBERTO BOBBIO	22
1.2 O POSITIVISMO E A SUA ESTREITA LIGAÇÃO COM O MODELO OITOCENTISTA DE ESTADO DE DIREITO: A VINCULAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL À CONCEPÇÃO LIBERAL DE ESTADO E A UMA COMPREENSÃO POSITIVISTA DO PRÓPRIO DIREITO	25
1.2.1 O Estado liberal de direito e a modernidade	30
1.2.2 A racionalidade instrumental e econômica do direito no Estado liberal e na modernidade	33
2 Kelsen e o positivismo normativista: a perspectiva de neutralidade científica	37
2.1 TEXTO E CONTEXTO: A LINGUAGEM DO NEOPOSITIVISMO LÓGICO (CÍRCULO DE VIENA)	39
2.2 Kelsen e a fundamental diferença entre "ciência do direito" e "política do direito"	45
2.3 NEUTRALIDADE E OCULTAÇÃO IDEOLÓGICA: EPISTEME <i>VERSUS</i> DOXA	48
3 O positivismo avançado de Herbert Hart	53
CAPÍTULO 2 - O DISTANCIAMENTO DA PERSPECTIVA POSITIVISTA EM FUNÇÃO DO POSICIONAMENTO DE RONALD DWORKIN: Hart <i>versus</i> Dworkin, oposição ou complementariedade?	61
1 A perspectiva do direito como interpretação – Ronald Dworkin	62

1.1	TOMANDO OS DIREITOS A SÉRIO: A REFUTAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	62
1.2	O IMPÉRIO DA PRÁTICA INTERPRETATIVA DO DIREITO	67
2	POST SCRIPTUM DE HART: A CAPACIDADE DE ADAPTAÇÃO E CONTINUIDADE DO PENSAMENTO POSITIVISTA?	76
3	HART VERSUS DWORKIN: OPOSIÇÃO OU COMPLEMENTARIEDADE? ...	80
	CAPÍTULO 3 - RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL - CONTINGENTES OU NECESSÁRIAS?	85
1	O AVANÇO TEÓRICO PRODUZIDO PELA VISÃO DE HART: A CRÍTICA A DWORKIN ANTES DE DWORKIN?	88
2	A POLÊMICA POSITIVISMO INCLUSIVO VERSUS POSITIVISMO EXCLUSIVO	97
2.1	O POSITIVISMO INCLUSIVO.....	99
2.2	O POSITIVISMO EXCLUSIVO	106
2.3	O POSITIVISMO ÉTICO	114
3	O PÓS-POSITIVISMO - AS RELAÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE O DIREITO E A MORAL	118
3.1	RELAÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE O DIREITO E A MORAL EM ROBERT ALEXY	125
3.2	A VINCULAÇÃO ENTRE A MORAL E O DIREITO EM NEIL MacCORMICK: POR UM PRINCÍPIO DE FUNDAMENTAÇÃO MORAL LIMITADA	136
3.3	A VINCULAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE A MORAL E O DIREITO EM DWORKIN	138
	CAPÍTULO 4 - DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO, A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO POR MEIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO	141
1	CONSTITUCIONALISMO(S)?	141
1.1	O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL.....	144
1.2	O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL	148

1.3	O PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO OU NEOCONSTITUCIONALISMO: A EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PARA UMA POSIÇÃO DE CENTRALIDADE NA ÓRBITA JURÍDICA.....	153
2	NEOCONSTITUCIONALISMO OU CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: AS IMPRECIÇÕES E INCOMPREENSÕES SEMÂNTICAS	156
2.1	O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO OU NEOCONSTITUCIONALISMO E O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO QUE O (RE) SIGNIFICA	159
3	CARACTERÍSTICAS QUE TENDEM A IDENTIFICAR O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO UMA NOVA TEORIA DO DIREITO	168
4	O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA POSITIVISTA DO DIREITO	173
4.1	NEOCONSTITUCIONALISMO <i>VERSUS</i> POSITIVISMO JURÍDICO.....	173
4.2	NEOCONSTITUCIONALISMO "COM" OU "CONTRA" O POSITIVISMO JURÍDICO?	188
4.3	NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DEFINITIVA DA PERSPECTIVA POSITIVISTA DO DIREITO	194
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	200
	REFERÊNCIAS.....	204

INTRODUÇÃO

A concepção de direito estabelecida pelo positivismo jurídico, seja na sua compreensão analítica tradicional, seja na sua concepção mais avançada (na evolução de um positivismo cada vez mais refinado que se desenvolve a partir de Herbert Hart e o seu *Post Scriptum*), tem demonstrado, como se verá ao longo deste trabalho, não se encontrar apta a dar resposta adequada à miríade de infinitas e complexas questões da realidade contemporânea, geradas em função de uma sociedade pós-industrial, plural e hipercomplexa, em que uma infinidade de interesses diferentes e contrastantes originam, por sua vez, uma multiplicidade de novos problemas e questões diversas moldadas pela irrepetibilidade da ocorrência dos fatos. Esse quadro exige solução dentro desse contexto, por exemplo, a necessidade de se conjugar proteção ambiental na perspectiva de um desenvolvimento econômico ou, ainda, a necessidade de se conjugar equilibradamente os conflitos diversos surgidos do entrelaço entre direitos de liberdade e direitos de igualdade, perante o desvalimento cada vez maior do indivíduo e da própria sociedade no enfrentamento de novos poderes sociais e econômicos e diante de uma postura cada vez mais retraída do Estado, principalmente em garantir os direitos fundamentais (especialmente aqueles que implicam a ideia de igualdade material, como os direitos sociais, trabalhistas, econômicos e culturais que necessitam das ações do Estado na realização de políticas públicas, para a sua implementação).

Nessa perspectiva, é bastante plausível a possibilidade de se indagar se o sistema jurídico, na mentalidade legalista, mantendo a tese da separabilidade entre direito e moral, na adoção sistemática de uma perspectiva mais formal e neutra na abordagem dos problemas jurídicos, estaria apto a produzir respostas mais eficazes para dar satisfação às necessidades do momento, ou seja, dar melhor solução aos novos problemas e, em especial, aos problemas sociais que se apresentam.

Ainda que se possa constatar que nas últimas décadas a própria teoria do direito de caráter positivista desenvolveu-se a ponto de abandonar a defesa de um rigorismo meramente formal, ao reconhecer o direito como um complexo sistema de regras e não de todo destituído de possibilidades de contato para com a moral e a política, as mudanças percebidas atualmente apontam para uma superação da visão positivista de se compreender, conceituar e aplicar o direito.

Até que ponto se está ou não, hoje, realmente diante de uma transformação ruptural, não apenas na maneira de interpretar o direito, mas também na maneira de concebê-lo, é o tema central em torno do qual orbitam as considerações teóricas apresentadas neste estudo, que se desenvolverão no sentido de demonstrar a defasagem da leitura positivista do direito para apresentar possibilidades de solução mais satisfatória aos problemas gerados pela realidade complexa e muitas vezes paradoxal, com que se deparam hoje as estruturas sociais.

Ao mesmo tempo, argumentar-se-á que essa ultrapassagem da mentalidade positivista se dá em função de um desenvolvimento constitucional que tem se mostrado protagonista na implementação de inovações que vão, em função da sua fundamentabilidade e importância, alterar a própria teoria do direito. Este é o caso, para citar um exemplo, da compreensão normativa dos princípios, que passam a encontrar, especialmente nas Constituições do pós-Segunda Guerra, o seu *locus* natural, imantando aqueles Textos do mais variados direitos fundamentais e exigindo, em função da alteração que promovem na própria teoria das normas, uma renovação também das teorias hermenêuticas.

Para tentar percorrer este *iter* que nos leva à constatação da transposição da perspectiva positivista do direito em função das alterações promovidas pelo constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, necessário será discorrer sobre a própria evolução deste positivismo, a ponto de se poder perceber a possibilidade de falar hoje não em "positivismo" mas em "positivismo(s)", em face do desenvolvimento e da existência de diversos tipos de positivismo jurídico.

As posições positivistas analisadas nesta tese, para explicar a perspectiva do próprio positivismo, partem de dois grandes autores da teoria do direito, tomados aqui como marcos teóricos daquela posição, respectivamente Hans Kelsen e Herbert Hart. Assim, lançando mão do método dialético de pesquisa, a perspectiva do trabalho neste marco foi a de estabelecer uma espécie de diálogo entre os principais pontos da teoria do direito adotada por cada um deles, para se poder compreendê-los, mais do que por meio dos seus textos, também por seus respectivos contextos (importando entender não só o que se fala quando se emprega a expressão positivismo jurídico, mas, especialmente, de onde se fala).

A compreensão do afastamento, que se percebe atualmente, da perspectiva positivista, foi tratada especialmente pela visão do direito como prática interpretativa, introduzida por Dworkin, que o substancializa e o reaproxima das fronteiras da moral

e da política. O debate Hart-Dworkin foi restabelecido a fim de demarcar não apenas as diferenças essenciais entre as duas visões, mas também, e principalmente, a proximidade teórica entre os dois autores como se houvesse, simbolicamente, uma região fronteira entre as duas perspectivas (positivista e pós-positivista) que precisa ser melhor compreendida.

Essa construção e o desenvolvimento de teorias pós-positivistas, que implicam a ideia de transposição do paradigma positivista em função do reconhecimento das relações necessárias e conceituais que se travam, hoje, entre a moral e o direito, provocarão a necessidade de reestruturação e readequação do próprio positivismo jurídico à nova realidade do constitucionalismo contemporâneo, o que origina uma resposta do positivismo atual no aperfeiçoamento de sua doutrina, dado a partir do *pós-scriptum* de Hart.

Assim, serão objeto de estudo também as tendências atuais de avanço da teoria positivista, por meio de análise das inovações absorvidas pelo chamado positivismo inclusivo ou incorporacionista e do positivismo exclusivo, e, ainda, das tendências atuais do positivismo ético, procurando demarcar a posição de cada uma destas perspectivas do positivismo avançado, naquilo em que pretendem harmonizar-se com a nova realidade constitucional.

O chamado positivismo inclusivo ou brando, advindo de um desenvolvimento teórico que se deu a partir do denominado *Post Scriptum* de Hart, alegará por meio das mais variadas argumentações, conforme será visto, que a regra reconhecimento da perspectiva hartiana pode, mas não necessariamente deve, ter conteúdo moral. Por outro lado, o positivismo exclusivo, cujo principal protagonista é Joseph Raz, argumentará pela tese de que não há qualquer relação entre o direito e a moral que seja significativa para o abandono da tese positivista da separação. O positivismo ético desenvolvido por meio do posicionamento de Tom Campbell, ao contrário, defenderá a ideia da necessidade de estruturação de uma política do direito que consiga estabelecê-lo, de maneira clara e precisa, vinculado à noção de que o direito não precisa ser construído em descompasso com a ética e a moral.

As relações necessárias entre o direito e a moral serão retomadas em específico, não só por meio da proposta de Dworkin, mas também por meio da compreensão do posicionamento de outros autores como Robert Alexy e Neil MacCormick. Por fim, estabelecidos os pressupostos das principais tendências em debate, no sentido de se saber se as relações entre o direito e a moral são, em

função do Constitucionalismo contemporâneo, necessárias ou apenas contingentes, como querem, ainda, os adeptos do positivismo, parte-se para a análise específica do próprio constitucionalismo e de sua evolução.

Nesse ponto o presente trabalho estabelece a possibilidade de se analisar a evolução do constitucionalismo, que, a partir de uma matriz teórica liberal evolui, à medida que o próprio Texto constitucional também inicia uma trajetória de centralidade e importância em relação à própria órbita jurídica. Esse movimento ou evolução do constitucionalismo, e da própria noção de Constituição, desagua no que se conhece hoje por constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo (termos empregados neste trabalho como sinônimos), que se caracteriza e se ressignifica por meio do fenômeno da constitucionalização do direito.

O neoconstitucionalismo e a constatação da constitucionalização do direito que este opera acabam por trazer alterações importantes na própria teoria do direito visto que, hoje, em face da realidade principiológica das Constituições atuais, constata-se uma profunda alteração na teoria das normas, com a presença marcante dos princípios, na teoria das fontes sociais, dado que a própria Constituição é fonte por excelência do direito hoje, na teoria da interpretação que assume papel fundamental na compreensão do próprio conceito de direito e na necessidade de adequado desenvolvimento também de uma teoria da argumentação jurídica e da adjudicação. Isso tudo engloba e se reflete em uma nova compreensão acerca dos limites do direito, ou seja, da inexistência da discricionariedade judicial.

Diante de modificações dessa ordem, e na constatação de que o direito mantém relações necessárias e conceituais com a moral, o trabalho se encaminhará no sentido de afirmar que não é mais possível estar-se atrelado a estruturas do positivismo jurídico, ainda que em suas concepções mais avançadas e refinadas, o que levará à constatação da superação definitiva da perspectiva positivista do direito em face do constitucionalismo contemporâneo. Para fundamentar tal afirmação, a estrutura do presente estudo se encontra dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo estabelece a paisagem do desenvolvimento da teoria positivista por meio de dois dos seus mais importantes teóricos, respectivamente, Hans Kelsen e Herbert Hart. É importante demarcar de que positivismo se está falando. A abordagem inicia-se com Bobbio devido ao pertinente e clássico esclarecimento de que para entendermos o positivismo jurídico precisamos partir de três grandes

perspectivas, o positivismo como método, como teoria e como ideologia. E que, aderir a uma dessas perspectivas não significa que façamos adesão às demais.

Nesta parte inicial do trabalho, esclarece-se, também, como a modernidade e sua racionalidade intrínseca estabeleceram um modelo de Estado, de direito e de conhecimento científico que acabou por instrumentalizar a ideologia própria do liberalismo econômico dos séculos XIX e XX, não sem o auxílio fundamental do pensamento e da lógica do positivismo. Portanto, optou-se por trazer à baila a análise do Modelo Oitocentista de Estado, ou seja, o Estado Liberal de Direito para demonstrar sua vinculação forte a uma concepção de positivismo e a um modelo de Constituição, que acabaram por instrumentalizar o desenvolvimento do sistema econômico capitalista. Nessa perspectiva, demonstrou-se como a ideia de neutralidade da lei se vinculou à ideia de neutralidade do Estado, preocupado em estabelecer determinadas garantias individuais, mas, em especial, a garantia patrimonial.

A partir desse esclarecimento especial de contexto ideológico, introduz-se a visão kelseniana do positivismo normativo, entre nós mais difundida, em primeiro lugar para esclarecer alguns equívocos comuns que podem surgir em uma leitura menos apurada de Kelsen. Não é possível compreender Kelsen sem inseri-lo no contexto de sua época e na própria ideia de neutralidade da ciência que se desenvolve no século XIX (Círculo de Viena, a linguagem do neopositivismo lógico, Wittgenstein e o *Tractatus lógico Philosophicus*-1921), e, a partir daí, entender a essencial diferença empregada pelo autor entre política do direito e ciência do direito. Não, é claro, sem se estabelecer uma visão crítica no sentido de que suposta neutralidade científica, típica da concepção de ciência à época, acaba por instrumentalizar um tipo de ideologia, ou melhor, de ocultação ideológica, a separação entre a Doxa e a Episteme. Neste ponto, entre outros autores, procurou-se trabalhar com Luiz Alberto Warat no sentido de esclarecer que o fato de se eliminar a ideologia do discurso do direito já implica adotar uma posição que não deixa de ser ideológica.

O capítulo faz também uma abordagem do positivismo na perspectiva hartiana no sentido de demonstrar como a teoria positivista, por meio de seus excepcionais pensadores, desenvolveu-se de maneira significativa. É inegável o avanço extraordinário da doutrina positivista percebido pela teoria de Herbert Hart. Hart já se encontra sob a influência do giro linguístico pragmático e, dentro ainda de uma perspectiva positivista, consegue produzir avanços essenciais. O autor se propõe a estabelecer um modelo de teoria do direito mais avançado do que o de Austin (o que implica que as

críticas dirigidas a Austin se aplicam também à teoria kelseniana) e acaba revelando o sistema jurídico como um sistema complexo de normas primárias (ou de obrigação) e secundárias (normas sobre normas). Em relação às chamadas normas secundárias, Hart reconhece a existência da chamada norma secundária de reconhecimento, que identifica as demais como normas válidas e contribui para a formação da ideia de sistema jurídico. Mais do que isso, Hart enfatiza o ponto de vista interno, ou do participante, o que será de crucial importância para a compreensão do avanço estabelecido pela sua visão do positivismo. O próprio emprego da regra de reconhecimento é característica do ponto de vista interno, ou seja, de alguém que aceita a regra de reconhecimento e a aplica para reconhecer como válida alguma outra norma do sistema. Outro grande refinamento da teoria positivista enfatizado por Hart é a noção da textura aberta do próprio direito. Hart reconhece os limites inerentes à natureza da linguagem. Assim, existirão os casos claros em que não há dúvida de que cerque a aplicação da norma ao fato, no entanto, existirão também os casos cobertos por uma "zona de penumbra" onde a imprecisão da linguagem geral, que se reflete na linguagem normativa, impede que se saiba, com exatidão, qual norma seria aplicável ao caso. Consequentemente, será possível, para Hart, que a discricionariedade que a linguagem (imprecisa e geral) confere à norma seja tão ampla que, ao ser aplicada, o resultado desta aplicação se constitua em uma verdadeira escolha do aplicador, que decide acrescentar um novo caso a uma sucessão de outros em função das semelhanças pertinentes do ponto de vista jurídico. Hart entende que nos chamados "casos difíceis", os tribunais agem discricionariamente podendo "criar" (atuando como se fossem legisladores delegados) a solução para o caso de acordo com determinados padrões ou normas jurídicas relativamente precisos, que devem ser seguidos nas decisões, apesar da textura aberta, e que podem limitar, embora não excluir, a discricionariedade judicial. Hart avança tanto a teoria positivista que parece levar o positivismo aos limites do próprio positivismo.

O segundo capítulo centrou-se na crítica estabelecida por Dworkin ao que ele considera o modelo mais avançado de positivismo jurídico, ou seja, a vertente hartiana, na intenção de demonstrar o desenvolvimento da teoria no sentido de um distanciamento de alguns dos suportes teóricos que marcam e identificam o positivismo jurídico. Dworkin entre outras críticas, combate o modelo Hartiano porque entende que a regra de reconhecimento daquele seria incapaz de reconhecer e identificar como jurídicos padrões outros, diferentes das regras, ou seja, os princípios e

políticas. Assim, Dworkin estabelece que há uma diferença lógica entre princípios e regras, ambos, espécies do gênero norma jurídica. Para o autor, a teoria hartiana, apesar de refinada, não dá conta de reconhecer esses outros padrões, ou seja a realidade jurídica dos princípios. Assim, Dworkin propõe o abandono do modelo positivista que, ao não reconhecer os princípios como normas, não se presta a descrever o direito de maneira adequada, bem como o abandono da ideia de regra de reconhecimento, que é incapaz de identificar os princípios como parte do sistema jurídico. Outrossim, é relevante ressaltar que em decorrência desta nova perspectiva é possível afirmar a ideia de inexistência de espaços de discricionariedade judicial por ocasião dos chamados casos difíceis, visto que o magistrado, ao decidi-los, apela a princípios como padrões jurídicos, o que elide a ideia de discricionariedade no seu sentido forte. Na obra "O império do Direito", Dworkin amadurece sua compreensão a respeito do direito, entendendo-o como produto de uma construção ou prática interpretativa estabelecida à luz da moralidade firmada pela comunidade. É por meio da concepção do direito como integridade que o autor revelará a noção do direito como a melhor interpretação da prática de uma comunidade, e a técnica do romance em cadeia em uma hipótese estética de reconstrução. Será a ideia de direitos fundamentais e de integridade que aproximará o direito das fronteiras da moral, estabelecendo uma perspectiva de compreensão não positivista do fenômeno jurídico.

Assim, será possível perceber que a ideia positivista de neutralidade da ordem jurídica e a de separação entre o direito e a moral entram em xeque com esta nova perspectiva do direito. Não é sem motivo que a maioria dos autores reconhece Dworkin como um autor não positivista. Ainda neste capítulo optou-se por trazer a resposta de Hart, por meio de seu *Post Scriptum*, a Dworkin, e o esclarecimento de alguns pontos de seu posicionamento que, na verdade, acabam revelando mais uma proximidade entre ambos os autores do que necessariamente uma oposição. O já conhecido debate Hart X Dworkin é importante para compreender-se melhor o chamado *soft positivism* de Hart, e a possibilidade de seu posterior desenvolvimento no sentido de um positivismo inclusivo que será abordado em capítulo próprio (este acolherá as possibilidades de relação entre o direito e a moral, mas que serão contingentes e jamais necessárias).

O terceiro capítulo do trabalho se propõe a analisar as relações entre o direito e a moral por serem estas, na realidade, o ponto crucial de debate, capaz de estabelecer a possibilidade de superação de uma perspectiva positivista para uma

perspectiva pós-positivista. Nessa esteira, o tema deste capítulo é um dos mais fundamentais discutidos na teoria do direito e que há muito divide a doutrina, basicamente, entre aqueles que entendem haver uma relação contingente entre o direito e a moral, dentro ainda, pode-se dizer, de um paradigma positivista, e aqueles que entendem que entre a moral e o direito existe uma relação necessária e conceitual, já no contexto do chamado pós-positivismo, visto que, neste caso, estaria vencida uma das teses centrais que sustentam o positivismo jurídico, ou seja, a tese da neutralidade.

Assim, neste capítulo procura-se retomar de maneira mais aprofundada o posicionamento de Hart e abordar as teses positivistas em voga após as afirmações de Hart, em seu *Post Scriptum*, de que a regra de reconhecimento não é incompatível com princípios morais. A revisão de posicionamento, esclarecida por Hart, dá origem à perspectiva do positivismo inclusivo e, por sua vez, em contraposição a esta, o positivismo exclusivo.

A contraposição entre positivismo inclusivo e as teses que o sustentam (v.g. a tese do incorporacionismo) e o positivismo exclusivo, especialmente desenvolvido por Joseph Raz, serão abordadas para demarcar as suas características de contraste. No entanto, a importância maior estará na demarcação das diferenças entre o positivismo inclusivo e o chamado pós-positivismo, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo. Aquele, como já foi mencionado, estabelecerá a tese de que não há oposição entre o constitucionalismo contemporâneo e o positivismo, visto que a perspectiva positivista neste sentido é a de que o direito pode manter relações com a moral, embora isto não implique uma relação conceitual ou necessária, o que mantém a tese da separação entre o direito e a moral, própria da perspectiva positivista. Já, em uma perspectiva pós-positivista, o direito e a moral mantêm uma relação conceitual e necessária o que, justamente, afasta a perspectiva positivista do direito. Nesse sentido, encontraremos autores como Robert Alexy, entre outros, que fundamenta suas alegações retomando e aperfeiçoando a chamada Fórmula Radbruch, e estabelecendo a tese da correção moral do direito, ou seja, todo sistema jurídico tem uma pretensão de correção material que é uma pretensão de correção e de justiça. O sistema jurídico que não a satisfaz não poderia receber a qualificação de jurídico, e o sistema jurídico que a satisfaz na pretensão, mas não a realiza, poderia ser conceituado defeituoso. Outros autores serão trazidos para estabelecer-se o diálogo crítico em relação a esta perspectiva, tais como MacCormick

e o próprio Dworkin, na retomada de sua compreensão das relações necessárias entre a moral e o direito, selada por meio dos princípios que instituem direitos fundamentais.

Finalmente, o capítulo quarto estará centrado na compreensão do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo e nas inovações provocadas pelo fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, que marcam a trajetória de centralidade, que assumem atualmente as Constituições e de sua estrutura marcadamente principiológica, provocando mudanças profundas na maneira de se compreender e conceituar o próprio direito, que já não se explicam mais de maneira suficientemente adequada em uma perspectiva positivista do fenômeno jurídico.

Para tal, estabeleceu-se a evolução do(s) constitucionalismo(s) desde sua matriz liberal, passando-se por alterações que caracterizam um constitucionalismo de matriz social, até a fase atual de mudança ruptural, instrumentalizada por um constitucionalismo contemporâneo, no qual a Constituição, compreendida como sistema aberto de regras e princípios, e em função da posição central que esta assume na ordem jurídica, protagoniza uma série de alterações que exigirão a reformulação da própria teoria do direito, devido às alterações promovidas pelo reconhecimento da normatividade dos princípios na teoria das normas, na teoria das fontes do direito e na compreensão de seus próprios limites, por meio de uma necessária reformulação da própria teoria da interpretação jurídica. Com este objetivo foram retomados os contrastes marcantes entre o constitucionalismo contemporâneo e o positivismo jurídico avançado, especialmente o positivismo inclusivo na sua vertente incorporacionista, exatamente para se afirmar a superação definitiva da perspectiva positivista de se conceber, compreender, aplicar e querer o direito.

CAPÍTULO 1

A PERSPECTIVA JURÍDICO-POSITIVA DE KELSEN E HART.

O CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO DO POSITIVISMO JURÍDICO

1 O POSITIVISMO JURÍDICO

Este capítulo procura estabelecer, em primeiro lugar, o núcleo essencial da doutrina positivista para que se possa, adiante, demarcar não apenas o contraste para com o constitucionalismo contemporâneo, mas também uma ultrapassagem no sentido de que o positivismo é hoje incapaz de dar melhores respostas à necessidade de regulação e solução jurídica adequada à infinita e complexa gama de questões e interesses sociais atuais.

Existem vários tipos de positivismo jurídico, o que pode gerar uma certa incongruência quando se fala em positivismo jurídico sem esclarecer, adequadamente, de que positivismo jurídico se está falando. Desde Bentham e, atravessando-se longos passos, sendo tecido por autores como Austin, Holmes, Kelsen, Hart, entre tantos outros, o positivismo se desenvolveu com características distintas marcadas diferentemente a cada autor e a cada contexto histórico, econômico, político, social e ideológico em que se construía e se modificava. De tal forma que muitas características ainda hoje atribuídas ao positivismo jurídico, na maioria das vezes, nunca foram exatamente defendidas por seus principais autores e construtores. É necessário, portanto, destacar não apenas que se fala do positivismo jurídico, mas, principalmente, do que se fala quando se usa esta expressão ou, em outras palavras, que teses estão vinculando e identificando esta maneira de se conceituar e se conceber o direito. Ressalte-se, ainda, que estes esclarecimentos iniciais tomam por base e marco teórico, principalmente, o positivismo normativista kelseniano e sua justificativa de cidadania científica, e também a versão mais branda e avançada do positivismo jurídico hartiano, que promoveu um desenvolvimento singular na doutrina positivista ao reconhecer, entre outros aspectos, o ponto de vista interno (do participante) no direito, a inexorabilidade da textura aberta das normas e a compreensão de que o direito é um sistema complexo de regras primárias e secundárias, como se verá mais adiante. É fundamental perceber o avanço produzido por Hart, especialmente

em seu pós-escrito, visto que seu pensamento leva o positivismo aos limites do próprio positivismo. Sendo assim, o fundamento epistemológico do trabalho se encontra desenvolvido, de maneira mais singular, neste primeiro capítulo.

É importante notar-se, ainda, que esta reconstrução da doutrina positivista, por meio de seus dois principais autores, conta também com a contextualização histórica, política, cultural e ideológica de um modelo estatal em cujas estruturas se desenvolveu a doutrina positivista. O Modelo Liberal de Estado aparece aqui demarcando o contexto de racionalidade instrumental e econômica que operará uma cisão entre a forma jurídica e o conteúdo da lei, típica da ideia de ciência da época. Por esse motivo, considerou-se importante trazer-se, neste primeiro capítulo, este tipo de contextualização, a fim de demonstrar a fragilidade da ideia de neutralidade e a ocultação ideológica, que uma cientificidade moderna e supostamente neutra, pode, involuntariamente, instrumentalizar.

1.1 NÚCLEOS ESSENCIAIS DA DOUTRINA POSITIVISTA: A DIVISÃO COMPREENSIVA DE NORBERTO BOBBIO

Conforme já afirmado, são vários os significados da expressão positivismo jurídico, no entanto, para a melhor compreensão de seus postulados fundamentais é importante demarcá-lo por meio de três grandes aspectos. Nesse sentido, Norberto Bobbio propõe a compreensão do positivismo no seguinte esquema: positivismo jurídico como método, como teoria e como ideologia. Segundo o filósofo italiano, essas compreensões são independentes entre si, ou seja, adotar o método positivista não implica necessariamente adotar a teoria positivista ou a ideologia positivista e assim por diante, observando, no entanto, que a adoção de uma ideologia positivista pressupõe a adoção de uma teoria juspositivista e necessariamente de um método juspositivista.¹

¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. (Coleção Elementos de Direito). p.234.

O positivismo jurídico como método para o estudo do direito implica considerar o direito como ciência. Nessa perspectiva de cientificidade, quando ocorre a separação entre o sujeito conhecedor e o objeto a ser conhecido, será necessária a utilização de um método puro para o conhecimento científico do objeto. É a tese da separação entre direito e moral. O método científico para o conhecimento do seu objeto implica o meio mais adequado à descrição da realidade do mesmo. O modo de abordar o direito como um fato e não como um valor é o pressuposto do método juspositivista. A neutralidade valorativa é necessária quando se aborda a ciência do direito. Nesse campo, os juízos de validade se sobrepõem aos juízos de valor. Assim, o que define e conceitua o direito não é o conteúdo daquilo que ele manda proíbe ou permite, mas a forma de fazê-lo. O direito é obra de decisões ou convenções observáveis empiricamente (tese das fontes sociais) e que não estão na dependência de satisfação a algum juízo moral. É efetivamente a tese da separação entre o direito e a moral. A consequência deste aspecto conceitual do direito resulta basicamente em que se pode concluir que um sistema, para ser considerado jurídico, não precisa necessariamente guardar vínculos com padrões de moral ou justiça, ainda que isso, eventualmente, possa vir a ocorrer², como se poderá observar na visão de um positivismo avançado estabelecida por Herbert Hart.

O positivismo jurídico como teoria implica, conforme Bobbio³, uma série de seis concepções fundamentais:

- 1) A teoria coativa do direito, na vinculação do direito com a força. O juspositivismo define o direito em função da coação.
- 2) A teoria legislativa do direito, na vinculação do direito ao monopólio do Estado na produção normativa (visão legalista). O juspositivismo identifica o direito com a produção normativa do Estado e, portanto, a lei é a fonte singular do direito.
- 3) A teoria imperativa do direito, a norma é, para o juspositivismo, essencialmente um comando.

² SANCHÍS, Luís Pietro. **Constitucionalismo e positivismo**. 2.ed. México: Distribuciones Fontamara, 1999. p.12.

³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...**, p.237.

- 4) A teoria da coerência do ordenamento jurídico. A noção do sistema jurídico como um sistema unitário e coerente de normas que não admite antinomias.
- 5) A teoria da completude do ordenamento jurídico, no sentido da inexistência de lacunas no direito, pela ótica juspositivista.
- 6) A teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito. Por esse aspecto, o problema da interpretação no direito positivo exige um juiz neutro, capaz apenas de estabelecer um raciocínio subsuntivo para a aplicação da norma.

Essas três primeiras concepções constituem os pilares da doutrina positivista ou de uma teoria juspositivista no sentido estrito. Já as três últimas possuem uma importância secundária, podendo falar-se aqui em uma teoria juspositivista em sentido amplo.

Finalmente, o positivismo jurídico como ideologia. Afirma o autor que o positivismo não é apenas uma maneira de entender o direito, mas também de querer o direito, assim sendo, na realidade, o positivismo não é apenas uma teoria neutra do direito, mas também uma ideologia, uma forma de querê-lo. Aduz o pensador italiano a importância deste tipo de diferenciação,

Esta distinção entre teoria e ideologia do juspositivismo é importante porque ajuda a compreender o significado da polêmica antipositivista. Os críticos do positivismo jurídico vêm de duas 'praias' diferentes e se dirigem a dois aspectos diversos: de um lado a corrente do realismo jurídico (ou jurisprudência sociológica) critica os seus aspectos teóricos afirmando que não representam adequadamente a realidade efetiva do direito; de outro lado, a renascida (ou, melhor dizendo, revigorada) corrente do jusnaturalismo critica os aspectos ideológicos do juspositivismo, destacando as consequências práticas funestas que deles derivam.⁴

Nesse aspecto Bobbio diferencia o positivismo ético extremista (versão forte) do positivismo ético moderado (versão fraca). Assim, o positivismo ético extremista se caracterizaria pela ideia do dever absoluto e incondicionado de obediência à lei. Não se está aqui diante de uma teoria, mas de uma doutrina ética do direito, uma forma de querer o direito, uma ideologia. Essa maneira de compreensão encontra sua origem no nascimento do Estado Moderno e no fato de que o ordenamento

⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...**, p.225.

estatal se tornou o único ordenamento realmente normativo. Nesse sentido, obedecer à lei não é apenas uma obrigação jurídica, mas também uma obrigação moral.

O positivismo ético moderado trabalha com a hipótese da relação estreita entre ordem e sistema normativo. O direito estabelece uma ordem de convivência garantindo valores como segurança, certeza, previsibilidade das condutas por ele regradas. Assim, o direito e, mais especificamente, a lei (genérica, abstrata) que o realiza, são os meios mais aptos para a realização da ordem e a garantia da paz social. Assim, o direito não é um bem em si, mas meio, instrumento, para a realização de outro bem, a ordem da sociedade. A ideia do positivismo ético será retomada, mais adiante, em capítulo adequado, por representar uma das possibilidades, dentro do desenvolvimento da teoria positivista atual, de uma alternativa de (re)conciliação entre o positivismo jurídico e o constitucionalismo contemporâneo.

Partindo-se da noção primeira de que está estabelecida e delimitada, em bases gerais, a ideia "do que se fala" quando se usa a expressão positivismo jurídico, o próximo item abordará a noção "de onde se fala", ou seja, a contextualização do desenvolvimento do positivismo jurídico estreitamente ligado a uma concepção política, econômica e ideológica de Estado e de direito.

1.2 O POSITIVISMO E A SUA ESTREITA LIGAÇÃO COM MODELO OITOCENTISTA DE ESTADO DE DIREITO: A VINCULAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL À CONCEPÇÃO LIBERAL DE ESTADO E A UMA COMPREENSÃO POSITIVISTA DO PRÓPRIO DIREITO

Michael Löwy⁵ observa que o positivismo, em um sentido geral, tem como base fundamental a pressuposição de que as leis que regulam a vida social, econômica, política e jurídica são do mesmo tipo das leis naturais, portanto, os métodos para se conhecer a sociedade e o direito são, epistemologicamente, os mesmos para conhecer a natureza, as ciências naturais. Nesse sentido, assim como as ciências da natureza são objetivas e neutras em relação aos valores e ideologia, também as

⁵ LÖWY, Michael. **Ideologia e ciência social**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1989. p.36.

ciências sociais e jurídicas devem funcionar de maneira análoga, isentas dos preconceitos da ideologia, das visões de mundo, das utopias e dos valores morais.

Assim, a ideia de uma ciência social elaborada segundo o método científico natural se origina, na visão de Löwy, na cultura da Ilustração. De Condorcet a Augusto Comte, passando por Saint-Simon, a ideia de ciência social toma o caráter de uma matemática social, em busca de um conhecimento rigoroso e preciso. O objetivo, à época do pensamento Iluminista e Enciclopedista, era livrar o conhecimento do seu controle pelas classes dominantes, ou seja, a Igreja, o poder feudal e o poder monárquico. Em outras palavras, a precisão das ciências sociais dependia da eliminação dos preconceitos e das ideologias trazidos pelas doutrinas teológicas, pelos argumentos de autoridade e dogmas cristalizados no monopólio do conhecimento, até então, um objetivo crítico-revolucionário.⁶ Com Augusto Comte, no entanto, o positivismo perde sua característica revolucionária de rompimento com preconceitos e adquire a ideia conservadora de manutenção da ordem. A ordem a ser mantida agora, no século XIX, é a ordem do Capital. Conforme bem observa Löwy, a ciência social que se pretendia livre dos juízos de valor e, portanto, neutra, acaba na verdade exercendo uma função política e ideológica,

Isso significa que, segundo Comte, os males que resultam dos fenômenos naturais são inevitáveis e, diante deles, a atitude científica deve ser de sábia resignação, procurando apenas analisá-los e identificá-los. Aplicando esse princípio aos males políticos, ao desemprego, à miséria, à fome, à monarquia absoluta, que também são resultantes de leis naturais, tão inevitáveis e independentes de qualquer vontade social quanto as outras, a atitude correta, positiva, científica é, também nesse caso, de "sábia resignação".⁷

A vinculação entre o positivismo, especialmente na vertente jurídica, e o modelo oitocentista de Estado de direito torna patente a ideia de que a separação entre o campo científico e o campo valorativo ou ideológico serviu também para implementar a "ideologia liberal" e naturalizar o avanço do capitalismo nascente naquele contexto. A intenção nesta parte do presente trabalho é procurar demonstrar como a modernidade e sua racionalidade intrínseca estabeleceram um modelo de

⁶ LÖWY, Michael. **Ideologia e ciência social**..., p.37.

⁷ *Ibid.*, p.40.

Estado, de direito e de conhecimento científico que acabou por instrumentalizar a ideologia própria do liberalismo econômico dos séculos XIX e XX, não sem o auxílio fundamental do pensamento e da lógica do positivismo jurídico.

À medida que o feudalismo entra em declínio, surge uma nova classe, a burguesia. Esta nova classe, em ascensão, necessitará, para poder estabelecer um novo modo de produção em gestação (o capitalismo), um conjunto de regras gerais e impessoais que lhes garantam um mínimo de segurança para que possam comercializar e produzir, o que não havia no medievo e que será propiciado pelo implemento do Estado Nacional (inicialmente de cunho absolutista).

Max Weber, na sua obra *Economia e Sociedade*⁸, esclarece que o Estado Nacional repousa sobre um funcionalismo especializado e um direito racional que se origina, nos seus aspectos formais (pensamento formal-jurídico), do Direito Romano. Para o sociólogo alemão, é o Estado nacional fechado que garante o desenvolvimento do sistema capitalista. O capitalismo não pode prescindir de um direito previsível, "como o funcionamento de uma máquina", o Estado moderno do ponto de vista sociológico é uma verdadeira empresa. A aliança entre o Estado e a Jurisprudência formal favoreceu grandemente o capitalismo. A legitimidade da dominação neste tipo de Estado reforça o que Weber designou de dominação legal-racional, a crença na validade dos estatutos legais, a dominação em virtude da legalidade, própria da burocracia no Estado. Para Weber, a burocracia é o meio pelo qual a racionalização se mantém presente no Estado moderno (área pública) e na empresa capitalista (área privada). A burocracia implica o predomínio do formalismo, das regras escritas gerais e abstratas, da impessoalidade, da divisão do trabalho (separação entre o quadro administrativo e os meios de produção), das estruturas de hierarquia.

Conforme nos ensina Capella⁹, durante séculos na Europa Ocidental e central coexistiram dois modos diferentes de produção econômica: um feudalismo que se dissolia e um capitalismo mercantil crescente que caminhava na direção da Indústria.

⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: Imprensa Oficial/UNB, 2004. v.2. p.520.

⁹ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.97.

No século XVIII, século das luzes, será marcada, finalmente, a hegemonia da classe burguesa. Nele, a razão (calculista e abstrata) substituirá a fé do medievo, e o poder ganhará uma legitimação laica, secularizada. A razão, conforme salienta Pietro Barcellona¹⁰, não é mais a fé revelada, mas instrumento para a busca da verdade e fundamento da liberdade de escolha do indivíduo. A racionalização é conexa à secularização intensa, como desencanto do mundo. Surgirão as concepções democráticas da soberania. O relato político moderno encontrará no indivíduo o ponto de partida das suas construções. Em Hobbes já podemos vislumbrar o início dessas ideias. Observe-se também que Hobbes é inclusive considerado, não sem controvérsias, um dos precursores do positivismo jurídico em função da sua ideia de que é a autoridade que cria a lei, em outras palavras, o direito é obra do soberano, e portanto, do Estado. É este, enfim, que define o justo ou o injusto legal.

Como um dos precursores do contratualismo, Hobbes irá supor, adotando o modelo jusnaturalista, que o homem, em seu hipotético estado de natureza, vive isoladamente, em uma condição primitiva e pré-política. Para ele, o homem primitivo será marcado pelo egoísmo e pela violência justificando-se, assim, a saída dessa condição pré-social e a passagem, por meio do contrato hipotético entre os homens, para a vida na sociedade civil, onde o homem poderá alcançar a paz e a segurança. É claro que Hobbes está, por meio da sua visão contratualista¹¹, buscando o caminho de uma reconstrução puramente racional da origem e do fundamento do Estado, e neste encontra na base da sociedade, do poder, o indivíduo. Sabe-se que o pacto para a constituição da vida em comum e do poder em comum necessitará da alienação de todos os poderes e direitos que o homem possuía no seu estado de natureza (menos o direito à vida) para uma terceira pessoa, fora do pacto, que será, porque agora dotada de poderes absolutos, encarregada de manter a ordem e a paz na vida em sociedade, colocando, assim, todos os homens dentro de seus limites. Com isso Hobbes dá justificativa ao Estado absolutista por meio de um fundamento democrático do poder do rei. Inspiradas em Hobbes, outras visões contratualistas

¹⁰ BARCELLONA, Pietro. **Diritto senza società**: dal disincanto all'indifferenza. Bari: Dédalo, 2003. p.56.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

surgirão, como as de Locke, Kant, Rousseau, para citar apenas alguns dos principais autores. Nessas outras visões contratualistas, que fazem parte do relato político moderno, encontraremos vez por outra, na caracterização do estado de natureza, o homem primitivo como portador de direitos, entre estes, principalmente o direito à propriedade privada, a ideia do trabalho assalariado e a naturalização do livre acordo de vontades entre desiguais. Os contratualistas caracterizam na base do Estado o consenso e na sua função, a segurança, em especial, do respeito aos contratos. A ordem instaurada deve ser pensada como uma ordem artificial para que então possa ser disponível e manipulável. Nas Palavras de Capella,

Na mitologia política da modernidade o *estado de natureza* serve para apresentar como *naturais*, portanto, a propriedade privada, o trabalho assalariado (com a acumulação privada) e os pactos entre desiguais. Como consequência disso também aparecerá como natural o mercado capitalista. Sendo *naturais*, o artificial poder político não estará legitimado para interferir neles. [...] Assim, a noção de 'estado de natureza', que se concebe sempre como uma hipótese teórica ou de razão para reflexionar sobre o poder político, e não como um estado histórico empírico concreto, permite que *a razão* legitime as instituições básicas da economia capitalista – propriedade, trabalho assalariado, acumulação e contrato abstrato – *antes que o poder político ou estatal entre em linha de conta*.¹²

É preciso observar que a partir das revoluções políticas burguesas a ideia de soberania passará a afirmar-se no povo. Na esfera privada os indivíduos serão simplesmente homens, mas na pública começarão a ser vistos como cidadãos (no entanto, a aquisição da cidadania será ainda uma construção de algumas dezenas de anos visto que o sufrágio universal será uma conquista apenas no modelo social de Estado – as mulheres só conquistarão o direito ao voto no século XX –, por enquanto, após as revoluções que estigmatizaram o fim do século XVIII, teremos inicialmente a soberania exercida por meio do sufrágio restrito ou censitário, isto é, **votarão os proprietários**).

A Revolução Francesa representará o marco histórico da mudança do modelo de Estado que deixará de ser Absolutista, com a derrocada do antigo regime, e se reorganizará sob novo signo, o signo do Estado Liberal de Direito, que se desenvolverá no século XIX e XX.

¹² CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido...**, p.109.

1.2.1 O Estado liberal de direito e a modernidade

Segundo Barcellona¹³, a sociedade moderna será a primeira sociedade histórica a abrir mão dos vínculos de tradição e transcendência, substituindo-os pelos valores do racionalismo, do individualismo e do utilitarismo. Nela a liberdade, a igualdade e a busca da própria felicidade se transformam em direitos universais. O projeto político da modernidade se estrutura em uma busca constante de controle da natureza a fim de satisfazer as necessidades humanas e propiciar ao maior número de pessoas uma liberdade de escolha e livre decisão.

Assim, no Estado liberal, a organização do poder político se fará de acordo com os princípios da razão política ilustrada. Nele poderemos vislumbrar três grandes separações; A separação entre política e economia, a separação entre o Estado e a moral e a separação entre a sociedade civil e o Estado.¹⁴

A separação entre política e economia traz a ideia de que neste modelo de organização, o Estado se limita a garantir a segurança e a propriedade. Na sociedade moderna os homens apenas perseguem a satisfação dos seus próprios fins, assim, a esfera privada se identifica com a esfera econômica, sendo a racionalidade humana uma racionalidade econômica, instrumental e calculista. O Estado aqui, desempenha, na esfera pública, apenas um papel de segurança das fronteiras e de preservação do respeito aos contratos. Esta será a lógica da separação entre o público e o privado.¹⁵ Conforme Barcellona,

*Per essere più chiari: solo negando che le disparità materiali (economico-sociali) siano riferibili all'á sfera della política e delle decisioni politiche, si può affermare che è il libero gioco delle azioni private a determinare le differenze tra gli uomini.*¹⁶

¹³ BARCELLONA, Pietro. **Diritto senza società...**, p.56.

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado e do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.51.

¹⁵ BARCELLONA, Pietro. *Op. cit.*, p.66.

¹⁶ *Ibid.*, p.67. Tradução livre: "Para ser mais claro: somente negando que as disparidades materiais (econômico-sociais) sejam referíveis à esfera da política e das decisões políticas, se pode afirmar que é o livre jogo das ações privadas a determinar a diferença entre os homens".

Nesse sentido, a sociedade moderna abstrai a realidade e não toma posição sobre os seus valores, passando a prever um código que produz programas por meio do livre consenso entre os indivíduos. Assim, o valor da sociedade moderna se resolve em uma racionalidade procedimental, na previsão de um consenso, um acordo por meio do qual se poderá tomar qualquer decisão, independentemente de seu conteúdo.¹⁷

A vida econômica ficará entregue a uma dinâmica de autorregulação pelo mercado. A economia se autonomiza da política porque funciona segundo a lógica abstrata de produção dos excedentes. A política se transforma na administração dos interesses do mercado. A separação Estado-economia foi obra da escola clássica inglesa na construção de um modelo adequado ao desenvolvimento do capitalismo concorrencial. Adam Smith, com o seu naturalismo otimista, entenderá que a livre iniciativa de cada membro da sociedade e o funcionamento espontâneo do mercado acabarão resultando, automaticamente, na máxima vantagem para todos (pela abstenção do Estado se garante um progresso nascido do livre encontro de interesses individuais). O bem-estar coletivo será resultado do livre encontro das vontades individuais, da livre concorrência, tudo dirigido por uma "mão invisível" e pela lei natural da oferta e procura de mercadorias.¹⁸ A "mão invisível" do mercado promove um objetivo não aventado pelo indivíduo no início, quando busca o próprio bem. Por meio dela, o bem individual gerará o bem coletivo. Para Smith, o trabalho será a fonte de toda a riqueza. A divisão do trabalho, então, vai fazer com que o trabalho "renda mais", o trabalho dividido trará ao trabalhador maior destreza, habilidade e diminuirá o tempo da produção na empresa, assim se terá um aumento da produtividade. O excedente gerado nas mãos do capitalista, acreditava Smith, faria com que aquele contratasse novos trabalhadores, haveria então uma extensão dos mercados de trabalho e uma ampliação dos salários. Os salários crescem quando as nações estão progredindo.

Observe-se, no entanto, que esse sistema de liberdade natural, em que a atuação do Estado só pode atrapalhar a livre concorrência dos agentes econômicos, não é tão rígido assim. Até mesmo Smith entendia que certas tarefas poderiam ser atribuídas ao Estado, a exemplo da criação e da manutenção de serviços

¹⁷ BARCELLONA, Pietro. **Diritto senza società...**, p.67.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria...**, p.53.

não lucrativos, que não interessariam à iniciativa privada. Nas palavras de Jorge Reis Novais,

Ora, nesta constatação Smith reconhece limites às possibilidades de auto-regulação do mercado, já que esta não abrangia a totalidade da esfera econômica: as tarefas não lucrativas, onde se incluíam as infra-estruturas necessárias ao funcionamento da economia, tais como a construção de portos, vias férreas, pontes e os seguros sociais, continuavam a ser asseguradas pelo domínio público.¹⁹

Isso posto, constata-se a ideia de que o Estado Liberal nunca foi rigorosamente de caráter neutro ou não interventor. Nele, a intervenção ocorria e a ideia de um Estado protetor também se delineava, mas em função dos interesses do Capital. Assim, o Estado intervirá no mercado de trabalho, mas para reprimir o direito à greve ou à livre associação sindical, por exemplo.

Quando se fala na separação entre o Estado e a moral é no sentido de que, assim como na economia, não se pode admitir a ingerência do Estado em uma esfera própria e exclusiva das consciências individuais. É a autonomia da moral em relação à legalidade. Da mesma forma, quando se fala na separação entre Estado e sociedade, a ideia é a de que o Estado não pode ter qualquer atitude positiva diante da sociedade civil. Uma atividade positiva do Estado na sociedade civil, que venha a gerar uniformidade de condições, por exemplo, vai opor-se ao livre desenvolvimento da individualidade e da personalidade humana, produzindo, ao contrário do esperado, malefícios. A expectativa de ajuda do Estado para o combate às deficiências da sociedade civil apenas contribuirá para o esmorecimento da iniciativa individual, à preguiça e à incapacidade. Nesse sentido, uma dimensão positiva da atividade do Estado na sociedade civil deve ser rejeitada, a sua única possibilidade de atuação deve ser na garantia da paz interna e externa (a tarefa do direito aqui é apenas a de assegurar a esfera da liberdade e da propriedade individual).

O modelo liberal de Estado se caracterizará, ainda, pelo surgimento da noção de direitos individuais que marcarão uma esfera de liberdade ao indivíduo

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria...**, p.55.

(*status negativus* – Jellinek) que não poderá ser transposta pelo Estado, cabendo a este apenas reconhecê-la e respeitá-la. Note-se aqui a influência da doutrina contratualista e do jusnaturalismo de cunho racionalista, de onde advém a ideia (já comentada anteriormente) de que o homem é portador de direitos inatos (vida, liberdade, propriedade) anteriores e superiores à instituição estatal cabendo a esta, quando estabelecida, apenas o seu reconhecimento e proteção. O Estado não concede direitos fundamentais ao homem, visto que o homem já nasce portador destas prerrogativas. Observe-se que a noção de direitos fundamentais do homem se refere aqui aos direitos do homem individual, isolado e abstrato, ou seja, os direitos de primeira geração, essencialmente prerrogativas de liberdade e livre autonomia.

Outra noção marcante do chamado Estado Liberal é a da Separação de Poderes, como técnica de organização do Estado. Essa noção reforça a característica de limitação do Estado que já se pauta pelo respeito aos direitos fundamentais. Esta especialização jurídico-funcional atua com uma verdadeira garantia da liberdade individual. A separação de poderes associada à noção de Império da lei e de legalidade constitui um instrumental para a garantia de realização dos direitos individuais e, também, sublinhe-se, para as exigências de calculabilidade e previsibilidade das intervenções, no desenvolvimento de um capitalismo concorrencial. O direito na sociedade do capitalismo concorrencial se destaca das organizações jurídicas anteriores pelo seu projeto de sistematicidade e de exatidão. A exigência de previsibilidade inerente ao tráfico de mercadorias do sistema econômico fixa a ideia da calculabilidade (a calculabilidade é uma exigência da produção mercantil, o empresário precisa saber de antemão o custo da produção dos bens e de sua circulação no mercado) que depende também dos instrumentais do direito.

1.2.2 A racionalidade instrumental e econômica do direito no Estado liberal e na modernidade

A modernidade instituirá o direito como técnica social, autonomizando-o de todo o fundamento e subordinando-o apenas à sua forma. Para Barcellona²⁰, o direito

²⁰ BARCELLONA, Pietro. **Diritto senza società...**, p.57.

é instituído, na modernidade, como uma forma anônima e como função ateleológica, ou seja, é considerado legal apenas aquilo que é conforme a lei independente do valor de justiça. A lei, por sua vez, se caracterizará pelo seu caráter geral e abstrato e pela legitimação formal de quem a põe. O direito formal obedecerá a uma racionalidade meramente instrumental, o que representará a cisão entre forma jurídica e conteúdo da lei, ou seja, a separação entre direito e moral e entre direito e justiça. Segundo Barcellona,

Questa impersonalità della forma e questa ateleologia della funzione includono, però, un progetto di mondo, un ordine sociale: degradando le differenze (dei fini, dei soggetti, delle cose, ecc.) a contingenza rispetto al diritto, il sistema giuridico "vede" l'è relazione del mondo per ciò che esse hanno de generale ed astraendo dalle diversità che presentano in concreto e perciò stesso organizza i rapporti sociali come rapporti formali, sicché il diritto è formale affinché il reale sia formale. Questo progetto di mondo incorporato nel diritto moderno è quello dell'autodeterminazione individuale degli individui irrelati e della società di mercato.²¹

O autor italiano percebe a ligação estreita entre a subjetividade abstrata da modernidade, ou seja, a irrelevância das relações pessoais, das diferenças, a abstração das condições particulares de cada um, e o fenômeno das codificações oitocentistas que por sua vez se derivaram das primeiras declarações de direito. A construção da subjetividade jurídica abstrata é condição para a aquisição e circulação de direitos e também para a aquisição e circulação de mercadorias. A abstração jurídica sanciona e exprime o significado da liberdade individual. Nas suas palavras, *"L'irrelevanza dell'uomo persona è il presupposto della rilevanza dell'individuo soggetto di diritti, e in questo essere 'fattispecie' vive l'uomo moderno."*²²

²¹ BARCELLONA, Pietro. **Diritto senza società...**, p.57. Tradução livre: "Esta impessoalidade da forma e esta ateleologia da função incluem, porém, um projeto de mundo, uma ordem social: degradando as diferenças (dos fins, dos sujeitos, das coisas etc.) a contingência respeitante ao direito, o sistema jurídico vê as relações do mundo por aquilo que existe de geral, abstraindo das diversidades que se apresentam em concreto e por isso mesmo, organiza as relações sociais como relações formais, pois que o direito é formal na medida em que o real seja formal. Este projeto de mundo incorporado no direito moderno é aquele da autodeterminação individual dos indivíduos não relacionados e da sociedade de mercado".

²² *Ibid.*, p.62. Tradução livre: "a irrelevância do homem pessoa é pressuposto da relevância do indivíduo sujeito de direitos, e neste ser padrão (modelo) vive o homem moderno".

Assim, Barcellona observa que, da mesma maneira que o ser humano, também o direito se emancipa da hipotecas do mundo clássico, do fundamento divino, da força e da justiça. O iluminismo e o individualismo liberal realizaram no plano filosófico, político e econômico a liberação do ser humano de seus próprios vínculos, colocando nele mesmo a justificação das suas ações. No mesmo sentido, o direito se emancipa de seus fundamentos e de seu fim, que não é a realização de uma ordem justa, mas permitir que os indivíduos livres realizem a sua própria ordem, conseqüentemente, esta ordem se legitima *"semplicemente in quanto valida (validamente prodotta) e si costruisce come struttura ipotetica"*²³. A teoria kelseniana da validade e da autossuficiência do ordenamento chancela no plano jurídico esta suposta neutralidade.²⁴ Tal neutralidade, no entanto, é indício da função do direito formal na nova ordem, ou seja, sancionar o valor fundante da sociedade moderna, o valor da liberdade individual que é, na realidade, também a chancela da liberdade econômica. A função do direito é então a de dar vazão ao livre mercado e à livre competição. A pessoa é livre para contratar, adquirir e vender, bastando, para isso, a livre manifestação do seu consentimento. Nesse sentido, mais uma vez Barcellona,

*L'immagine dell'individuo libero ed uguale, quando diventa l'orizzonte di senso della nuova società, deve essere non solo stabilizzata, ma dotata di mezzi che consentano di liberar la sua potenza organizzativa, la sua funzione d'ordine rispetto all'assetto dei rapporti sociali. Ed è su questo piano che la riduzione del carattere formale delle norme a vuoto e neutrale formalismo rivela, al tempo stesso, la sua debolezza teorica e l'intenzione di occultare la funzione d'ordine assunta dal diritto.*²⁵

A subjetividade jurídica e abstrata, a liberdade individual e econômica, a formalidade do direito e a pressuposição da igualdade formal, a interdição do indivíduo de se imiscuir em esfera alheia e a possibilidade de se vincular (em especial

²³ BARCELLONA, Pietro. **Diritto senza società...**, p.63. Tradução livre: "simplesmente enquanto válida (validamente produzida) e se constrói como estrutura hipotética".

²⁴ *Ibid.*, p.62.

²⁵ *Ibid.*, p.65. Tradução livre: "A imagem do indivíduo livre e igual, quando transforma o horizonte de sentido da nova sociedade, deve ser não só estabilizada mas dotada de meios que permitam liberar a sua potência organizativa, a sua função de ordem em relação à organização das relações sociais. E é sobre este plano que a redução das características formais da norma a um formalismo vazio e neutro revela, ao mesmo tempo, a sua fragilidade teórica e a intenção de ocultar a função de ordem assumida pelo direito".

economicamente) na dependência única de sua vontade, desempenham um papel crucial na sociedade moderna tomada pela racionalidade instrumental e econômica. O direito serve, nesse sentido, para realizar uma igualdade meramente formal, porque abstrai as características concretas dos indivíduos para que as diferenças materiais nas quais vive o sujeito, agora abstrato, pareçam irrelevantes e assim se desenvolva a possibilidade de cada um perseguir "livremente" os seus próprios interesses, calculando a utilidade das suas ações para a satisfação das próprias necessidades (econômicas). Enfim, é o direito, como instrumento de controle social, que estabelece as regras do "jogo do mercado".

Estabelecido o contexto em que a teoria positivista encontrará campo fértil ao seu desenvolvimento e adoção, inclusive no cumprimento de um determinado papel de ocultação da ideologia do liberalismo econômico da época, passa-se a abordar a teoria jurídico-positiva pelo viés kelseniano.

2 KELSEN E O POSITIVISMO NORMATIVISTA: A PERSPECTIVA DE NEUTRALIDADE CIENTÍFICA

Estabelecida a estreita vinculação entre cientificidade, neutralidade, racionalidade instrumental e econômica, próprias do ideário da Ilustração, necessário se faz especificar o desenvolvimento da vertente positivista sob a especial sistematização kelseniana da chamada ciência do direito.

Para construir-se o direito como ciência, com objeto e métodos próprios, é necessário, então, depurar o direito de tudo que lhe seja estranho ou, em outras palavras, não normativo. Como é sabido, Hans Kelsen provém do círculo neopositivista de Viena ou positivismo lógico. Segundo essa orientação filosófica, só é racional e compreensível tudo aquilo que possa verificar-se racionalmente, assim, considerações valorativas sobre o conteúdo de normas se ausentam de sentido nesta perspectiva.²⁶ A Teoria Pura do Direito, elaborada pelo importante jurista-filósofo, é a expressão mais fundamental do positivismo lógico-normativo. A ciência do direito nada tem haver com fatos, mas sim com normas, com o dever ser (*sollen*).

Nesses termos, a ciência do direito é o conhecimento de um sistema de normas jurídicas que se constitui excluindo tudo que é estranho ao próprio direito. Uma ciência do direito necessita que seu objeto seja fixado sem qualquer interferência estranha ao Direito Positivo. O direito é um sistema de normas coercitivas, supra-infraordenado, válido em um Estado concreto e determinado. Nas palavras de Kaufmann,

Pero como teoria positiva solo puede tener ella como objeto las estructuras formales (lógicas) de las normas jurídicas, no sus contenidos; pues éstos son (según Kant) inaccesibles al conocimiento científico. Para Kelsen la justicia es solo " un bello sueño de la humanidad", no sabemos lo que es y jamas lo sabremos (relativismo teórico-valorativo).

La teoría pura del derecho tiene que ver con el deber ser (Sollen), y por cierto el 'puro' deber ser jurídico, que no es un valor ético sino solo una estructura lógica. El postulado más elevado es, en consecuencia, la 'pureza metodológica'.²⁷

²⁶ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. 2.ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999. p.51.

²⁷ *Id.*

Kelsen quer proteger a ciência jurídica da possibilidade de ser utilizada como propaganda de valores absolutos ou de ideologias políticas, em uma sociedade complexa e multifacetada, não obstante, a teoria pura do direito venha a ser, com o transcorrer do tempo, aproveitada também com esta intenção²⁸, visto que o capitalismo em desenvolvimento nos séculos XIX e XX opera uma associação com a ordem legal, a princípio neutra, mas que contribuirá para instrumentalização deste sistema econômico, político e social, conforme já aventado em item próprio.

O dever-ser jurídico puro não possui nenhuma classe de conteúdo e por isso pode suportar qualquer conteúdo. O dever-ser como categoria jurídica possui um caráter puramente formal, sendo apenas uma estrutura lógica.

A pureza metodológica foi um trabalho e um objetivo incessante em Kelsen. Conforme nos explica Mário Losano, por ocasião da introdução à edição italiana da obra de Kelsen *O problema da Justiça*²⁹, o estudo do direito em si e por si, a pureza metodológica em Kelsen é resultado de sua posição no debate sobre a ausência de juízos de valor nas ciências sociais, na Alemanha, no início do século passado. Assim, o objeto da ciência é determinado pelo seu método, que passa a ser o elemento central das ciências. Para os positivistas, o real (o objeto) possui existência em si mesmo, independente do sujeito. Esse objeto pode ser acessado na sua integralidade pelo conhecimento, podendo ser apreendido e registrado tal como ele é. Isso pressupõe a diferenciação entre fatos e valores. Os fatos pertencem à ordem do objeto e, assim, podem ser apreendidos se se usam métodos próprios e adequados. Quanto aos valores, estes pertencem à ordem dos sujeitos e existem na dimensão do observador. O cientista deve se preocupar em apreender os fatos, afastando-se da ordem de valores, pois visa à construção de uma teoria formal e não substancial. Assim, o positivismo pretende ser ciência jurídica e não política do direito, esta afirmação é feita por Kelsen já nas primeiras páginas de sua Teoria Pura em que esclarece que, como Teoria Geral do Direito, esta visa apenas conhecer o seu próprio objeto, ou seja, procura responder à questão de "como é o direito", mas não lhe importa saber como o direito "deve ser".³⁰ O

²⁸ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**, p.52.

²⁹ LOSANO, Mário. Introdução. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.ix.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.1.

objeto da teoria pura do direito é ser uma teoria da validade do direito, indicando os pressupostos em cuja presença certas normas ou ordenações jurídicas são válidas. Observe-se, no entanto, que aqui se está a falar do direito positivo. Assim nos esclarece Mário Losano,

As teorias sociológicas reprovam o formalismo abstrato de Kelsen, alegando que o direito é um fenómeno social. Por meio de explicações sucessivas ao longo de décadas, Kelsen esclareceu repetidamente que sua teoria é uma *teoria pura* do direito positivo e não uma teoria do *direito puro*, ou seja, de um direito desligado da realidade. Por conseguinte, o estudo da realidade social, da qual o direito nasce e para qual ele retroage, não é negado, mas apenas distinguido da teoria formal do direito. [...] Em suma, para Kelsen o problema da validade da ordenação jurídica é diferente tanto do problema de sua efetividade concreta quanto do de seu valor. Não é preciso atentar para os efeitos sociais ou para o conteúdo da norma, mas para a sua forma: por isso, a teoria pura do direito apresenta-se como uma teoria formal do direito.³¹

Para entender melhor o positivismo kelseniano e as suas consequências para a compreensão do fenómeno jurídico, é importante inserir-se não apenas no texto, mas especialmente no contexto em que nasce a necessidade de transformar o direito em uma ciência neutra, traduzida em uma linguagem rigorosa e dada a conhecer apenas por meio de métodos puros.

2.1 TEXTO E CONTEXTO: A LINGUAGEM DO NEOPOSITIVISMO LÓGICO (CÍRCULO DE VIENA³²)

Segundo Pietro Costa³³, um intrincado processo histórico-cultural, em desenvolvimento, pelo menos, desde a Ilustração, foi responsável pela tendência de se quebrar o ideal de carácter unitário do sujeito para dar forma e processo às mais

³¹ LOSANO, Mário. Introdução, p.xvi.

³² Na década de vinte, na Áustria, surge um grupo denominado Círculo de Viena, responsável por desenvolver o positivismo lógico. Esse movimento contou como membros, entre outros, Moritz Schilick e Rudolf, Carnap, o seu objetivo era desenvolver estudos em relação às questões relativas à ciência, a lógica e também à linguagem. Em 1929, Carnap, Hahn e Neurath publicam um manifesto intitulado "A Concepção Científica do Mundo: O Círculo de Viena", formalizando, assim, esta nova corrente de pensamento que tentava buscar na ciência a base do verdadeiro conhecimento.

³³ COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginación. In: PETIT, Carlos (Ed.). **Pasiones del jurista**: amor, memoria, melancholia, imaginación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.163.

variadas antinomias que, de uma maneira ou outra, perpassaram o processo de conhecimento até a segunda metade do século passado, com consequências que se imbricam no saber e no direito, entendido como um campo do saber, até os dias atuais. Lógica *versus* imaginação, razão *versus* paixão, ciência *versus* arte, realidade *versus* invenção, são exemplos destas oposições. Especialmente deve-se perceber o distanciamento entre o domínio da ciência, da razão e da realidade, do domínio da paixão, da arte e da invenção ou imaginação. Tendo essas dicotomias como pano de fundo, instalam-se e se desenvolvem, segundo o autor, as crenças epistemológicas da cultura moderna. Até a primeira metade do século XX ganha êxito e desenvolvimento a cultura mais sofisticada do neopositivismo, sob o panorama dos avanços das ciências físico-naturais. O discurso do saber visa conquistar um fundamento epistemológico que se identifica com o rigor dedutivo das argumentações, devendo ser submetido a uma esfera de verificabilidade real de um discurso "científico" que carrega em si a pretensão de verdade.³⁴ O paradigma lógico – positivista ou cientificista – requer que o discurso científico não seja contaminado pelos elementos que circundam a esfera da paixão, da valoração e da imaginação. Em outras palavras, o discurso científico deve estar livre das impurezas da esfera da subjetividade. Nesse sentido, de Pietro Costa,

En lo que respecta al papel del sujeto en el proceso cognoscitivo, en cambio el paradigma positivista impone la desaparición de la subjetividad apenas se abre el discurso de la ciencia: la subjetividad viene entendida como una bata de casa que puede, y debe, ser retirada apenas se visten los trajes solemnes y públicos de la ciencia. La proclamación de la ausencia de valoración, de la objetividad, de la impersonalidad, de la capacidad de la ciencia para describir, y el énfasis puesto en su absoluta relevancia gnoseológica conducen a la correspondiente reducción máxima de la "subjetividad" de los sujetos, también por tanto de los "hombres de ciencia", de su necesaria e integral inserción histórico-social e institucional.³⁵

O saber jurídico, no paradigma lógico positivista, está impregnado pela ideia de um saber que se quer lógico, descritivo, objetivo, abstrato, geral e verdadeiro para poder reconhecer-se científico. O saber jurídico, nesse contexto, se julga capaz de, por meio de seu discurso e sua linguagem, descrever o direito tal como ele é. O saber jurídico, então, se fecha ao mundo imprevisível da subjetividade, das projeções

³⁴ COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginación. p.164.

³⁵ *Ibid.*, p.165.

e especialmente da política e da interpretação, para ser o direito que é, que reflete imediatamente o seu objeto e não necessariamente o direito que poderia ser.

Assim, o positivismo jurídico nasce, em especial, pelas mãos de Hans Kelsen, em um contexto ideológico marcado pelas relações entre a ciência e a linguagem, ou, em outras palavras, pela busca de uma linguagem precisa e rigorosa que pudesse traduzir os dados da realidade de maneira então "científica". A ciência, nesse quadro, é efetivamente a própria linguagem e, assim, essa concepção do que é científico acaba por adotar uma teoria descritiva da ciência. As questões sobre a cientificidade se refletem, necessariamente, na teoria do direito e se coadunam ao esforço de Kelsen de, justamente, trabalhar no sentido de elevar o direito à categoria científica. Assim, justifica o autor no seu prefácio à primeira edição da Teoria Pura do Direito,

[...] Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.³⁶

O positivismo lógico³⁷ ressalta o vigor discursivo e entende a ciência como descrição linguística do seu objeto. A compreensão do mundo é obtida por meio da linguagem e, assim, percebe-se a importância da linguagem para a ciência do direito, que deve construir seu objeto com base em dados que são expressos pela própria linguagem. Uma das características que marcam esse tipo de pensamento é a redução da epistemologia à Semiótica (Teoria geral dos Signos).

Segundo Julia Kristeva³⁸, a palavra "linguagem" quer expressar a ideia de demarcar, significar e comunicar. Logo, toda *práxis* humana, porque possuidora da função de demarcar, significar e comunicar, compreende um tipo de linguagem. A linguagem, nas suas mais variadas formas, discurso, escritura ou gestualidade, se

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p.xi.

³⁷ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.37.

³⁸ KRISTEVA, Julia. **El lenguaje, ese desconocido**: introducción a la lingüística. Tradução de Maria Antoranz. Madrid: Fundamentos, 1988. p.6.

destina a veicular o pensamento em um processo de comunicação da mensagem entre dois sujeitos, ao menos. A tal ponto isso ocorre que se poderia afirmar que não há linguagem sem pensamento, sendo esta a sua forma de ser e de realizar-se. Nas suas palavras,

Si el lenguaje es la materia del pensamiento, también es el elemento propio de la comunicación social. Una sociedad sin lenguaje no existe como tampoco puede existir sin comunicación. Todo lo que se produce en relación con el lenguaje sucede para ser comunicado en el intercambio social. La clásica pregunta: «¿Cuál es la primera función del lenguaje: producir un pensamiento o comunicarlo?» no tiene un fundamento objetivo. El lenguaje es todo eso a la vez y no puede tener una de las dos funciones sin tener la otra también. Todos los testimonios que la arqueología nos brinda acerca de la praxis lingüística se enmarcan en unos sistemas sociales y participan, por consiguiente, de una comunicación.³⁹

A semiótica, segundo Kristeva, preocupa-se com a linguagem como um sistema de signos, seus significados e sentidos. Para a autora, *"la semiótica se convierte en el lugar en que la ciencia se cuestiona la concepción fundamental del lenguaje, del signo, de los sistemas significantes, su organización y su mutación."*⁴⁰ Vários são os sistemas significantes que podem existir, como o cinema, a fotografia e a pintura, que são tipos de linguagem com sistemas significantes e códigos próprios e que comunicam a mensagem do emissor (sujeito) ao receptor (destinatário) sem utilizar as regras da linguagem verbal codificadas pela gramática. Estudar todos esses sistemas verbais ou não, este é o objeto da semiótica. Conforme assinalado pela autora, a linguagem não só comunica um pensamento, mas também é responsável por produzi-lo. Aí a importância dos estudos linguísticos, visto que a linguagem constitui não apenas o objeto, mas também o sujeito na relação de comunicação. Não é possível, nesta linha de pensamento, entender-se o positivismo jurídico em seu contexto de nascimento, sem entender a importância que a linguagem assumia na definição dos contornos da ciência daquele momento.

O positivismo lógico, por meio de Carnap, desenvolveu-se centrado na semiótica pura que tenta estabelecer a construção de uma linguagem ideal como modelo para a obtenção de um discurso científico rigoroso. A semiótica, ainda

³⁹ KRISTEVA, Julia. **El lenguaje, ese desconocido**, p.8.

⁴⁰ *Ibid.*, p.10.

segundo Carnap⁴¹, está dividida em três partes ou níveis de análise dos signos: A sintaxe (que estuda as relações formais dos signos entre si), a semântica (estuda os signos em relação aos objetos aos quais se referem; o signo e a coisa significada) e a pragmática (estuda as relações dos signos com os usuários, e, portanto, implica o sujeito que fala. Uma expressão linguística significa sempre algo "para alguém").

Para o neopositivismo lógico o nível semântico é o nível das verdades verificáveis e, dessa forma o mais importante junto com o nível sintático, o que implica, consequentemente, um desprestígio em relação ao nível pragmático.

Isso explica a retirada, para a realização de um verdadeiro discurso "científico", de qualquer consideração valorativa ou ideológica. Conforme bem equaciona Vladimir de Carvalho Luz, a questão central do Círculo de Viena é combater a metafísica estabelecendo-se os limites daquilo que pode ser dito com segurança no âmbito científico, levando-se em consideração a lógica da linguagem e tomando a proposição como núcleo de significação do real, na medida em que se pode afirmar, por meio da verificação, se uma proposição é verdadeira ou falsa. A verificabilidade da veracidade ou falsidade de uma proposição ocorre no plano lógico.⁴² Nas suas palavras,

A primeira característica relevante do discurso neopositivista do Círculo de Viena é justamente a conservação de algo já iniciado por Comte, mas dessa vez com uma elaboração mais complexa: a repulsa total da metafísica. Apesar de algumas divergências entre membros do Círculo, o ódio aos parâmetros de cognoscibilidade dos metafísicos era um ponto comum. A divergência central entre os neopositivistas e os metafísicos encontra-se na esfera da significatividade do discurso. Para os neopositivistas, o discurso metafísico era incompreensível, porque as suas proposições se mostravam vazias de sentido (sentido concebido como critério de possibilidade de verificação da verdade).⁴³

Segundo Warat, "a condição semântica de sentido expressa as condições sob as quais um enunciado pode adquirir o estatuto de uma sentença científica."⁴⁴ As proposições que não tenham como características a verificabilidade sequer

⁴¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, p.40-41.

⁴² LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Revista Sequência**, v.24, n.47, p.19, dez. 2003.

⁴³ *Ibid.*, p.18.

⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p.41.

podem ser consideradas proposições mas sim, pseudo proposições. Apenas se um enunciado é de algum modo verificável, ele pode ser integrante de uma linguagem científica. O motivo do desprestígio da pragmática, para o positivismo lógico, é justamente porque esta se destina a elucidar a relação dos signos com os seus usuários e a análise dos modos de significar, já que fatores intencionais dos usuários da linguagem podem interferir e alterar o significados das expressões ou palavras. No entanto, esses problemas, para o positivismo lógico, se apresentam na linguagem natural e, portanto, escapam ao centro de interesse da ciência.

Não obstante, Warat observa, com precisão crítica, a importância do aspecto pragmático para o saber científico, pois este permite compreender a ideologia como uma fator indissociável da estrutura conceitual. No direito, a dimensão pragmática possibilita revelar a ideologia projetada nas normas gerais e pode se mostrar um bom instrumento para a formação do jurista crítico que intente descobrir as relações entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que estabelecem as suas funções na sociedade. Assim, "Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados."⁴⁵

Conforme afirmado, Kelsen, sob a influência da Escola de Viena, estabelece o seu projeto de elaborar uma teoria do direito alheia a qualquer sincretismo metodológico a fim de, com isso, estabelecer um conhecimento científico e rigoroso do fenômeno jurídico. Disso resulta, entre outras coisas, a necessidade da separação, estabelecida por Kelsen, entre a ciência do direito e a política do direito. O próximo item tentará demonstrar o significado e a intenção do autor da Teoria Pura ao estabelecer tal separação.

Como se verá, Kelsen não desconhece as relações existentes entre direito, moral e política, como, na verdade, nenhum positivista desconheceu, no entanto, para Kelsen, se queremos dotar o direito de cidadania científica será preciso, para conhecer com segurança o seu objeto (o direito positivo), lançar mão de métodos puros. O direito, bem sabe o autor, não é puro e vive em constantes laços com as

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, p 47.

disputas políticas e ideológicas, mas a teoria do direito, esta sim estará fadada a uma pureza própria para que possa descrever verdadeira e adequadamente o seu objeto.

2.2 Kelsen e a fundamental diferença entre "ciência do direito" e "política do direito"

Na realidade, Kelsen jamais separou o direito, como sistema normativo, das suas influências, no campo da política, para com os valores, a ideologia, com a ética e com a justiça. Como se sabe, pura deve ser a teoria do direito, para que este possa inserir-se no campo científico, e não propriamente o direito, que é o seu objeto. A pureza do direito (da sua doutrina) implica uma leitura específica da juridicidade, em que não ocorra qualquer interferência de outros campos do saber científico. O conteúdo da norma, a sua justeza, o valor ético envolvido na sua prescrição, entre outras coisas, não auxiliam a ciência do direito para o conhecimento da norma, para a descrição especificamente jurídica da norma. Assim, a Teoria Pura do Direito exige uma postura de despolitização, que não é, em nenhum momento, a despolitização do direito, objeto da ciência jurídica. Nesse sentido, Adrian Sgarbi esclarece:

Exatamente por isso, como segundo ponto, a qualificadora "pura" refere-se à "doutrina" e, não, ao "direito". Porque o "direito" bem sabe Kelsen, é campo da disputa política e da afirmação de valores. Ou seja, o papel da ciência jurídica é diverso do da política. Enquanto a política trata da utilidade ou inutilidade de produzirem-se certas normas, ou mesmo, a bondade ou a maldade de determinadas condutas com o objetivo de protegê-las ou não, cumpre à ciência jurídica identificar e descrever as normas que compõem determinada ordem jurídica. "Identificar" para se saber o que se deve descrever; "descrever" para se poderem transmitir informações sobre o que elas, as normas, estabelecem como comportamento devido. Portanto, quando se descreve algo, deve-se caracterizar esse "algo"; não, partir-se de compreensões que possam obscurecer o caráter informativo do que se examina. Este o objetivo da teoria pura.⁴⁶

⁴⁶ SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p.33.

O direito é, para Kelsen, uma técnica de controle social que se estabelece como uma ordem de coerção e, conseqüentemente, uma ordem de segurança e de paz. O direito é formado por comandos sancionados, respaldados no uso da força física monopolizada pelo Estado.⁴⁷ A função da ciência do direito é apenas descrever o direito e não prescrever as condutas, assim sendo, o que importa à ciência é oferecer um conhecimento rigoroso e seguro a respeito das normas jurídicas, indicando com precisão as normas consideradas válidas perante o ordenamento jurídico estabelecido. Prescrever as condutas e elaborar, neste sentido o direito, é tarefa da política do direito. A resposta ao que é justo ou bom não importa à ciência do direito visto que a doutrina do direito visa à compreensão das ordens jurídicas independentemente do seu conteúdo, assim, o plano discursivo da ciência se limita ao caráter descritivo. É, portanto, tarefa da política do direito se preocupar com a avaliação moral das ordens ou dos regimes políticos. Conseqüentemente, a ciência do direito possui um caráter avalorativo pela impossibilidade mesma de se definir racionalmente o que é ou não "justo" (visto que esta avaliação implica um juízo subjetivo vinculado aos desejos e temores daquele que o faz).⁴⁸

É interessante destacar que Kelsen sequer desconheceu que a separação entre a ciência do direito e a política do direito seria um dos principais pontos a gerar a oposição da doutrina. Logo no prefácio à primeira edição da Teoria Pura, em 1934, expressa conscientemente que a oposição da literatura à sua teoria, em muitas vezes resultante de más interpretações, carrega também, além de motivos científicos, motivos políticos providos de elevada carga afetiva, visto que provém de críticos que partilhavam da mesma concepção de ciência positiva do século XIX. Assim, Kelsen se posiciona,

A luta não se trava na verdade – como as aparências sugerem – pela posição da jurisprudência dentro da ciência e pelas conseqüências que daí resultam, mas pela relação entre a ciência jurídica e a política, pela rigorosa separação entre uma e outra, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência do Direito, e portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo que surjam, com a melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe. [...] Em vista dos efeitos políticos – meramente negativos – que importa a postulada desvinculação da política,

⁴⁷ SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**, p.36.

⁴⁸ *Ibid.*, p.55.

em vista desta autolimitação da ciência jurídica que muitos consideram como uma renúncia a uma posição de destaque, é possível que os opositores se sintam um pouco inclinados a fazer justiça a uma teoria que põe tais exigências. Para poder combater, não se deve reconhecer a sua verdadeira essência. Assim, acontece que os argumentos que são dirigidos, não propriamente contra a Teoria Pura do Direito, mas contra a sua falsa imagem, construída segundo as necessidades do eventual opositor, se anulam mutuamente e, portanto, quase tornam supérflua uma refutação.⁴⁹

Completa Kelsen, no prefácio à segunda edição, no ano de 1960, que o prefácio à primeira edição havia sido feito no contexto da situação científica e política e das consequências que se seguiram à Primeira Grande Guerra, mas que não houve grandes modificações dos ecos e abalos sociais após a Segunda Grande Guerra e que, portanto, tanto antes quanto agora, continuam a se produzir oposições e críticas ao fato de uma ciência jurídica objetiva se limitar a descrever o seu objeto e não a valorá-lo. Para Kelsen, essa crítica tenaz se circunscreve àqueles que se recusam efetivamente a observar os limites entre a ciência e a política e, assim, se arrogam a possibilidade de prescrever e definir um determinado conteúdo ao direito. Nas suas palavras, "[...] quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico."⁵⁰ Ou seja, a velha e conhecida oposição entre o direito que é e o direito que deve ser.

De posse desses argumentos, Kelsen constrói uma ciência positiva que exclui de seu campo de conhecimento os juízos de valor. O objetivo dessa ciência é descrever o direito como ele é, utilizando o instrumental da neutralidade também para que este conhecimento dito científico não possa ser utilizado ao sabor das ideologias eventualmente dominantes em determinados contextos históricos. Desse modo, o direito ficaria livre das manipulações ideológicas que porventura quisessem instrumentalizá-lo a favor de seus interesses.

É interessante notar, ainda, que Kelsen, mesmo no afã de reconhecer cidadania científica ao direito, não desconheceu propriamente a natureza aberta de sua linguagem. Entendeu Kelsen, inicialmente, que a indeterminação dos textos legais e constitucionais

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p.xii e xiii.

⁵⁰ *Ibid.*, p.xviii.

poderia ser resolvida ao se eliminar o problema da arbitrariedade da aplicação do direito mediante a contribuição de uma ciência ascética, que traçaria os quadros de leituras possíveis dos textos legais, transformando o arbítrio inicial em discricionariedade do aplicador. No entanto, com bem observa Menelick de Carvalho Netto,

[...] na edição revista da *teoria pura do direito*, de 1960, Kelsen procede ao famoso *giro decisionista*, alterando o capítulo oitavo da obra dedicado à questão da interpretação. Precisamente o que distingue, para Kelsen, a interpretação científica da interpretação que denomina autêntica, é o fato de a primeira ser neutra e de não ter o poder de vincular as pessoas tão somente em razão da pronúncia, como as autoridades estatais competentes para decidir e aplicar a norma jurídica o fazem. Ele se indaga agora o que aconteceria se a autoridade decidisse por um sentido que não estivesse contido no interior do quadro dos sentidos admissíveis traçado pela doutrina, e responde: azar da Ciência do Direito, é a autoridade que pode impor a observância das normas e não o cientista. Kelsen buscara restringir a natureza aberta dos textos mediante a contribuição de uma ciência neutra, seu fracasso, no entanto, revela a ingenuidade com que buscou enfrentar o problema da linguagem.⁵¹

2.3 NEUTRALIDADE E OCULTAÇÃO IDEOLÓGICA: EPISTEME *VERSUS* DOXA

O positivismo jurídico, conforme já afirmado em outras passagens, e de acordo com Norberto Bobbio, nasce de um esforço para tornar o estudo do direito uma ciência à maneira das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Sendo característica de uma ciência a distinção entre juízos de fato e juízos de valor, nesse sentido, uma verdadeira ciência consiste apenas em juízos de fato, que representam uma tomada de conhecimento da realidade e não uma tomada de posição perante a realidade (juízo de valor). A ciência deseja, assim, ser um conhecimento puramente objetivo, estudando o direito tal qual é e não como deveria ser.⁵² A separação entre o sujeito (conhecedor) e o objeto a ser conhecido implica a ideia de que o sujeito (e seus valores) não tenha nenhum tipo de influência sobre o que se quer descrever (o

⁵¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Forum, 2011. p.49-50.

⁵² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...**, p.135.

objeto), assim sendo, as definições jurídicas se pretendem pragmáticas e neutras.⁵³ Kelsen, como visto anteriormente, representa o ápice desse pensamento. O seu objetivo, na realidade, era evitar que o direito pudesse ser utilizado à conveniência de ideologias políticas (em especial na justificativa do regime nazista), no entanto, como se sabe, sua teoria não consegue tornar-se imune a esse tipo de utilização, nem consegue se estabelecer, em realidade, como ideologicamente neutra. O professor argentino, Luis Alberto Warat, observa com precisão que a tentativa de neutralidade das ciências, e em especial da ciência do direito, carrega em si já um tipo de posição ideológica, ou seja, a ocultação da própria ideologia.

A necessidade de se diferenciar o conhecimento científico do conhecimento ideológico, entendido este como um saber pré-científico, conforme Warat⁵⁴, foi uma das mais eficazes exigências para um controle epistemológico da ciência. Hans Kelsen, conforme comentado, procurou atender à necessidade desse controle epistemológico para o conhecimento jurídico estabelecer-se como ciência, e com este objetivo combateu os argumentos teológicos, metafísicos e os preconceitos jusnaturalistas, estabelecendo uma pureza metódica para o conhecimento científico do direito positivo, a partir daí, imune às manipulações e distorções ideológicas. Segundo o mestre de Viena,

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.⁵⁵

No entanto, esse objetivo jamais foi alcançado. Os conceitos do positivismo atrelados às noções de pureza, universalidade e razão já representam ingerências

⁵³ FERNÁNDEZ, Luis Manuel Sánchez. Ironias, falácias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.25, p.333-367, 2002.

⁵⁴ WARAT, Luiz Alberto; CARDOSO, Rosa Maria. **Ensino e saber jurídico**: epistemologia e teoria kelseniana. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p.33.

⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p.2.

da ideologia em sua própria construção teórica. Nesse sentido, Warat argumenta que a partir da visão kelseniana já não existe o ato bom ou mau em si mesmo, mas existe o direito positivo bom em si mesmo e um Estado neutro diante dos interesses sociais e contraditórios.

Com a teoria kelseniana superou-se ingenuidades ontológicas, mas não se fez nenhum tipo de leitura ideológica do discurso jurídico. Projetado o problema do poder para uma esfera divorciada da prática, e concebida a sanção como um critério estrutural, sua teoria se ressentia da falta de força desmitificadora. Identificando a ideologia com o erro, Kelsen despreocupa-se de explicitar os modos em que através de seus conceitos o poder desenvolve processos de socialização. Reduzindo todos os conceitos jurídicos a âmbitos de validade, quer apenas superar construções metafísicas da moda positivista, mas não mostra como estas construções são produto e incidem nas condições materiais de existência dos grupos sociais [...] Quando a teoria kelseniana transporta o problema da justiça para os âmbitos de validade, portanto para uma esfera aparentemente objetiva, obscurece com as suas omissões toda a força ideológica deste tema. Estimula uma atitude maniqueísta que pode, também, favorecer uma postura ideológica empenhada em ocultar a função do direito como técnica de controle social a serviço da manutenção da ordem existente. Quando se marginalizam determinadas linhas de investigação, quando alguns problemas não são teorizados, longe de se contribuir para a desmitificação de uma região temática valorizam-se primitivas construções imaginárias e se impede superar as ilusões que ocultam o jogo real das determinações.⁵⁶

A teoria com a qual Kelsen passa a revestir o direito supervaloriza a dimensão epistemológica. Neste ponto produz um avanço, pois com ele se inicia uma etapa importante na construção de um saber jurídico rigoroso e científico, no entanto, esse avanço parece mostrar-se incompleto na medida em que é acrítico em relação às questões de poder que o próprio direito procura instrumentalizar.

A análise das verdades jurídicas, segundo Warat, exige que também se tornem explícitas as relações de força que formam os domínios do conhecimento.⁵⁷ Os discursos da ciência e da epistemologia jurídica forjam o que Warat denomina "senso comum teórico dos juristas", que, na verdade, serve apenas para instrumentalizar um determinado poder social, afastando o jurista do conhecimento sobre o papel do direito e do seu conhecimento na sociedade. A instauração de critérios que demarcam

⁵⁶ WARAT, Luis Alberto; CARDOSO, Rosa Maria. Epistemologia e teoria kelseniana. In: _____. **Ensino e saber jurídico: epistemologia e teoria kelseniana**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p.36/38.

⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e o senso comum teórico dos juristas. In: _____. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v.2. p.28.

o que deve ou não ser considerado saber científico camufla uma tentativa ideológica de eliminar a própria ideologia. Segundo Warat,

Assim, procuraram opor o conhecimento científico às representações ideológicas e as representações metafísicas, distinguindo a verdade do erro, distanciando o sentido referencial de suas evocações conotativas, como também diferenciando as opiniões comuns (a dóxa) do conhecimento científico (a episteme). Esta última distinção abrange todas as anteriores, já que a dóxa estaria constituída por um conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas. O conhecimento científico seria o saldo, logicamente purificado, de todos esses fatores. Ora, quando observamos a forma em que esta concepção de racionalidade científica é apropriada na práxis do direito, verificamos como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados, deixa de manifestar-se. E o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela episteme.⁵⁸

O espírito de neutralidade da ciência e, especialmente, da ciência do direito se acomoda na ideia de que esta deve limitar-se a descrever o direito a fim de evitar a subjetividade no conhecimento do objeto. É uma noção de ciência baseada no conhecimento objetivo e avalorativo. Cumpre observar, no entanto, que, conforme salienta Ariza⁵⁹, a compreensão de ciência hoje, após o giro linguístico pragmático, não se limita mais apenas a descrever de maneira neutra o objeto, mesmo porque corre o risco de descrevê-lo de maneira indubitável (e muitas vezes equivocada) e permitir, conseqüentemente, o uso ideológico da neutralidade.

O giro pragmático, prossegue Ariza, revela que a ciência deve ser compreendida, principalmente, como uma prática que configura a racionalidade científica no seio de uma comunidade concreta.⁶⁰ Neste sentido, a função da ciência não é apenas descritiva, mas a de estabelecer uma prática de resolução de problemas. Dar-se-ia, assim, o reencontro da Episteme com a Dóxa. O próprio estatuto de ciência ou de teoria do direito estabelecido no início do século XIX não se encontra mais apto a dar resposta a miríade de infinitas questões e problemas das relações multicomplexas atuais. Talvez não se possa mais conceber um conceito de direito que não carregue

⁵⁸ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e o senso comum teórico dos juristas, p.30.

⁵⁹ ARIZA, Santiago Sastre. Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.24, p.598, 2001.

⁶⁰ *Ibid.*, p.599-600.

em si uma finalidade intrínseca, ou seja, para além de se dar resposta à indagação sobre o que é o direito, se precise mais singularmente saber para que serve o direito ou qual a sua finalidade intrínseca.

O próximo item estabelecerá a abordagem de uma visão do positivismo jurídico já elaborada com a consciência da ocorrência do giro pragmático. Portanto, indiscutivelmente uma proposta positivista mais avançada, visto que se dá conta da importância e também da necessidade de se compreender o significado da norma jurídica não apenas do ponto de vista do observador, mas especialmente do participante. Some-se a isso a noção de textura aberta do direito que faz com que a compreensão adequada das normas esteja marcadamente sujeita a conflitos interpretativos em função da abertura da linguagem e da sua plurissignificância. Hart já nos explica o direito a partir de um contexto impregnado pela segunda virada linguística e consegue desenvolver e aperfeiçoar o positivismo jurídico de uma forma extraordinária.

3 O POSITIVISMO AVANÇADO DE HERBERT HART

Hart deve ser considerado um dos maiores nomes, junto com Kelsen, da teoria do direito. Com este autor se inaugura uma nova maneira de se analisar o campo de conhecimento jurídico. A sua obra, *O Conceito de Direito*, publicada em 1961, oferece uma revisão crítica às teorias de John Austin. Hart entende pela insuficiência de um modelo simples de regras baseadas em um conjunto de normas de condutas estabelecidas pelo Soberano, ou seja, a ideia do direito como ordens baseadas em ameaças. Para Hart, este seria o modelo simples defendido por Austin. Note-se que a crítica a Austin engloba também a revisão indireta a Kelsen. Neste sentido Palombella,

*La teoría y la filosofía del derecho de Hart constituyen un desenvolvimiento respecto a la contraposición y en cierta medida incomunicabilidad entre civil law y common law, y entre pensamiento continental y pensamiento anglosajón. En efecto, es de todo punto evidente que jurisprudencia analítica e Kelsenismo, herencia austiniana y positivismo normativista se hallan en la obra de Hart enlazados y submetidos a revisión. Y en especial, que el discurso sobre el derecho no guarda relación alguna con aquella metodología formalista que parecía haberse convertido en un prerequisite de su cientificidad.*⁶¹

Os sistemas jurídicos simples são aqueles dotados apenas de regras primárias de conduta ou obrigação, no entanto, as sociedades atuais não operam apenas por normas primárias, assim, Hart propõe que sejam suplementadas as normas primárias ou de obrigação com normas secundárias, pertencentes a uma espécie diferente de normas. Para muitos, Hart, ao estabelecer o direito como um modelo complexo de regras (inter-relação entre regras primárias e secundárias) e descobrir o chamado ponto de vista interno (a perspectiva daquele que é o participante e que se encontra, portanto, obrigado pela norma e a aceita como guia de conduta e também como padrão crítico), acaba por refinar e sofisticar a teoria positivista, estabelecendo que esta não comunga com um formalismo vazio. Acompanhará, toda a obra de Hart, a ideia de porosidade do direito, ligada essencialmente à influência da filosofia da linguagem ordinária do segundo Wittgenstein. Nesse sentido Robles observa:

⁶¹ PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia del derecho**: moderna y contemporánea. Madrid: Tecnos, 2002. p.192.

Sintomas de esta actitud de seguimiento de la filosofía del lenguaje ordinário serían la actitud crítica de Hart hacia el modo tradicional de definir (basado en la diferenciación entre género próximo e diferencia específica) su tesis de la porosidad de los conceptos jurídicos (que sería una consecuencia de la porosidad del próprio lenguaje) y su escapismo a la hora de enfrentarse ante el concepto del derecho.⁶²

Para Hart, o direito se constitui em uma união que envolve regras primárias e secundárias, possuindo, assim, uma textura aberta. Em outras palavras, as regras primárias ou de obrigação dizem respeito àquilo que os indivíduos devem ou não fazer, impondo deveres, enquanto as regras secundárias respeitam necessariamente as primeiras, sendo regras sobre regras.

As regras secundárias, conseqüentemente, são responsáveis por especificar como são criadas, alteradas, eliminadas ou válidas as regras primárias⁶³. Assim, um sistema jurídico possui três classes de regras secundárias: **regras secundárias de reconhecimento** (identificam o que é o direito em um contexto social, dotando de certeza o sistema), **alteração** (são regras que instituem os órgãos criadores e o procedimento de criação, modificação e eliminação das normas primárias dando dinamicidade ao sistema) e **julgamento** (instituem os órgãos de aplicação das normas primárias, estabelecendo os agentes competentes e os procedimentos a serem seguidos, dando eficiência ao sistema).⁶⁴ Na realidade, as regras secundárias ou regras sobre regras, outorgam poderes.

Para Hart, a fim de dar solução às incertezas próprias do regime de normas primárias, é que existe a norma secundária de reconhecimento, que seria uma norma destinada à identificação conclusiva das normas primárias de obrigação. A norma de reconhecimento estabelece que se deve considerar tal ou qual norma primária como fonte de autoridade, "como a maneira correta de esclarecer dúvidas sobre a existência da norma."⁶⁵ A regra de reconhecimento, pelo fato de apor às outras normas um "selo de autoridade" acaba introduzindo tanto a ideia de sistema jurídico como de validade jurídica. É importante observar que o emprego da regra de

⁶² ROBLES, Gregório. Hart: algunos puntos críticos. **Doxa**, v.21, n.2, p.375, 1998.

⁶³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p.104-105.

⁶⁴ SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**, p.125.

⁶⁵ HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, p.123.

reconhecimento para identificar as normas do sistema é característico do ponto de vista interno, ou seja, de alguém que aceita a norma de reconhecimento e a aplica para reconhecer como válida alguma outra norma do sistema.

O tema da validade se conecta ao tema da existência da norma e este, por sua vez, se liga ao tema da chamada textura aberta do direito. Hart reconhece que boa parte da teoria do direito do século XX consistiu na compreensão de que a diferença entre os que alegam as incertezas da comunicação feita por exemplos dotados de autoridade (precedentes – posição antiformalista) e os que alegam as certezas da transmissão de um linguagem geral vinculante (legislação – posição formalista) é muito menos consistente do que se imagina por meio desta contraposição.⁶⁶ Para o autor, existem limites inerentes à natureza da linguagem. Pode-se perceber, obviamente, a existência de casos claros em que as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis; por outro lado, existem determinados casos em que uma "zona de penumbra" gerará a dúvida de se as regras gerais se aplicam ou não naquelas situações. Essa seria a contraposição entre o formalismo e o ceticismo em relação às normas jurídicas.⁶⁷ Segue o autor desenvolvendo o raciocínio de que há evidentemente um limite inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. Nesse prisma, nem os cânones da interpretação estão habilitados a eliminar tais incertezas inerentes à linguagem, visto que eles mesmos se constituem em normas gerais para o uso da linguagem e, sendo assim, empregam termos gerais que exigem, eles mesmos, interpretação. É nessa esteira que Hart fala

⁶⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p.163.

⁶⁷ Para Gregório Robles, na concepção de Hart, a posição formalista é aquela que identifica o direito com a lei e, por conseguinte, a decisão judicial como um ato mecânico (raciocínio silogístico) de aplicá-la ao caso concreto. Nesta colocação o autor entende que Hart faz uma simplificação exagerada da posição formalista visto que o formalismo está ligado a uma atitude metódica que dá importância à investigação das formas jurídicas como objeto da ciência jurídica, no campo da epistemologia, e não exatamente no campo da aplicação do direito. Este exagero "formalista" na aplicação mecânica do direito, só teria sido realmente defendido pela Escola da Exegese Francesa em sua teoria da interpretação do direito, no desenvolvimento do ideal das codificações e não pelas posições formalistas da Jurisprudência dos Conceitos ou até mesmo pela Teoria Pura do Direito (formalismo jurídico neokantiano e positivista). (ROBLES, Gregório. Hart: algunos puntos críticos, p.379-380).

na chamada "Textura Aberta" que caracteriza a imprecisão da linguagem geral que se reflete na linguagem em que são constituídas as normas, de tal maneira que Hart acaba reconhecendo, na aplicação de normas dentro de uma textura aberta, uma função normativa tanto para os tribunais como para os órgãos administrativos (que ao aplicar o direito, nos casos difíceis, acabam criando normas como se exercessem uma função legislativa delegada).

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre os interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.⁶⁸

Segundo observa Pablo Navarro, a textura aberta dos conceitos é, para Hart, fruto de duas incapacidades inerentes ao ser humano: um relativo desconhecimento do futuro e uma relativa indeterminação de propósitos.⁶⁹

A linguagem geral em que a norma se expressa só pode oferecer uma orientação incerta,

A inclusão de um caso particular dentro de uma norma e a inferência de uma conclusão silogística já não caracterizam a essência do raciocínio envolvido em decidir qual é o procedimento correto. Em vez disso a linguagem da norma parece apenas assinalar um exemplo vinculante, isto é, aquele constituído pelo caso evidente.⁷⁰

É possível, para Hart, que a discricionariedade que a linguagem (imprecisa e geral) confere à norma seja tão ampla que, ao ser aplicada, o resultado desta aplicação se constitua em uma verdadeira escolha do aplicador que decide acrescentar um novo caso a uma sucessão de outros em função das semelhanças pertinentes do ponto de vista jurídico. Nas suas palavras,

⁶⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p.175.

⁶⁹ NAVARRO, Pablo E. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. **Doxa**, n.24, p.133-163, 2001.

⁷⁰ HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, p.165.

Quando o caso imprevisto vier efetivamente a ocorrer, confrontaremos o problema em pauta e então poderemos resolvê-lo escolhendo entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfizer. Ao fazê-lo, teremos tornado nosso objetivo inicial mais preciso; teremos ainda, incidentalmente, solucionado uma questão relativa ao sentido de um termo genérico para os efeitos desta norma.⁷¹

O formalismo ou conceitualismo apenas procura disfarçar a necessidade dessa escolha que só poderá ser concluída e, por fim, solucionada, mediante as contingências do caso concreto. O vício do formalismo procura ignorar a indeterminação da norma em prol do ideal da segurança, certeza e previsibilidade jurídicas, acreditando que só existam, efetivamente, casos fáceis; por outro lado, segundo o autor, a atitude exageradamente oposta também é viciosa, ou seja, se contrapõe ao vício do formalismo excessivo, o vício do desrespeito aos limites da linguagem legislativa (apesar de sua textura aberta), que é denominado por Hart de ceticismo. Para o autor, o antiformalismo ou ceticismo assume uma posição igualmente exagerada que acaba concluindo que o direito consiste apenas em predições das decisões jurisprudenciais, e que, portanto, só existem casos difíceis. Nesse sentido, para os céticos o discurso sobre as normas não passa de um mito. O direito consistiria apenas em decisões jurisprudenciais e a possibilidade das suas previsões e, se nada limita a textura aberta, conseqüentemente, os juízes não estão adstritos a se pautar em normas nas decisões dos casos a eles submetidos.⁷² Grande parte do esforço teórico de Hart se dá para combater as chamadas posições do realismo jurídico.

⁷¹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p.168.

⁷² Pode-se pensar aqui no Realismo Jurídico norte-americano que se inicia no fim do século XIX e início do século XX, pondo em questão a objetividade e coerência do Direito. Tem como um de seus precursores o juiz da Suprema Corte, Oliver Holmes. Para o magistrado, o Direito não é lógica, mas antes experiência. Segundo Holmes, a lógica apenas um disfarce retórico para as decisões jurídicas. O direito seria um mecanismo conceitual de previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de Justiça. No seu artigo intitulado *The Path of the law*, Oliver Holmes argumenta que o comando do poder público está confiado aos juízes e que as pessoas nada mais querem do que saber até onde podem ir, sem correr o risco de ver a força deste poder voltada contra elas, assim, a atividade jurídica nada mais é do que uma predição. A predição da incidência do poder público por meio da atividade dos tribunais. Holmes utiliza a metáfora do *bad men*, e por meio dela distingue a lei da moral. Se alguém quiser conhecer a lei, deve encará-la como o *bad men* que apenas se preocupa com as conseqüências materiais que o conhecimento da lei lhe permite prever. O direito nada mais é, para ele, do que as profecias do que de fato farão os tribunais e a tarefa do juiz ao estabelecer a sentença, antes de se constituir em um silogismo lógico e neutro, revela as suas preferências subjetivas em relação ao caso e o seu contexto. (MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.43, n.171, p.91-105, jul./set. 2006).

Para Hart, as duas posições são os dois extremos da teoria do direito e, acredita o autor, só valem na medida em que se corrigem mutuamente visto que apenas um caminho intermediário entre as duas posições pode oferecer uma resposta adequada para o direito. Argumenta Hart que normas e previsões sobre como os juízes decidirão não podem ser confundidas, nem tomadas de per si, visto que isoladamente são insuficientes para abranger todo o fenômeno jurídico.

É certo que as previsões a respeito das decisões judiciais ocupam um lugar importante no direito. Quando se atinge a área de textura aberta, muitas vezes tudo que podemos oferecer como resposta à pergunta "Qual é o direito existente sobre esse assunto?" é uma previsão cautelosa sobre a atuação futura dos tribunais. Além do mais, mesmo quando a exigência das normas jurídicas são claras para todos, uma afirmação a este respeito pode frequentemente assumir a forma de uma previsão sobre as decisões dos tribunais. Mas é importante observar que, principalmente no último caso, e, em um grau variável, no primeiro, o fundamento de tal previsão é o conhecimento de que os tribunais consideram as normas jurídicas não como previsões mas como padrões que devem ser seguidos nas decisões – e como padrões suficientemente precisos, apesar de sua textura aberta, para limitar, embora não para excluir, a discricionariedade do tribunal.⁷³

Cabe ainda perquirir se a ideia de textura aberta poderia abranger também a regra secundária de reconhecimento, tal como elaborada por Hart. Como já esclarecido anteriormente, a regra de reconhecimento é responsável por identificar o que é ou não o direito, estabelecendo quais regras podem ser consideradas válidas e, portanto, parte do sistema jurídico. O conceito de regra de reconhecimento e validade jurídica é central para entendermos a ideia de direito nas suas relações com a moral, sob o prisma Hartiano. A regra de reconhecimento não é uma regra de direito positivo, sua existência é empírica, consiste em um conjunto de práticas sociais que identificam e, portanto, reconhecem a validade de regras primárias que, por esse motivo, se reconhecem como pertencentes ao sistema. É a regra de reconhecimento que estabelece os critérios com os quais funciona o ordenamento jurídico; assim, é apenas por meio da prática dos tribunais e funcionários que se pode identificar a regra de reconhecimento.

⁷³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p.190.

É interessante observar que Hart reconhece a possibilidade de também a regra de reconhecimento ser indeterminada. Dessa forma:

Todas as normas envolvem o reconhecimento ou classificação de casos particulares como exemplo de termos gerais e, no que diz respeito a tudo que nos dispomos a chamar de norma, é possível distinguir casos claros, nucleares, aos quais ela certamente se aplica, de outros, onde há razões tanto para se afirmar quanto para se negar que a mesma seja aplicável. Nada pode eliminar essa dualidade entre um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito de normas gerais. Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou "textura aberta", o que pode afetar tanto a norma de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados para a identificação do direito quanto uma lei específica.⁷⁴

Nesses termos, a norma de reconhecimento pode conter alguma dúvida em relação a um dos critérios ou elementos que venham a compô-la, mas nunca em relação a todos. É possível que os tribunais, em alguma ocasião, possuam autoridade para decidir questões de limites no que diz respeito a alguns dos critérios últimos de validade da regra de reconhecimento apenas em função de que, nessa ocasião, a aplicação desses critérios a uma vasta área do direito não deixa margem a dúvidas, embora elas possam existir quanto à extensão e ao limite preciso da norma.⁷⁵

A leitura do autor deixa claro que, embora não admita explicitamente, em um sentido literal, a existência de princípios como normas jurídicas, esta noção se encontra presente, ainda que de maneira implícita, em seus argumentos. Quando Hart observa, ao combater o realismo (ceticismo), que o juízes, na chamadas zonas de penumbra, só podem oferecer uma previsão cautelosa acerca de como os tribunais decidirão a questão, o fundamento de tal decisão, segundo o autor, se dará de acordo com normas que devem ser seguidas como padrões nas decisões, e padrões suficientemente precisos, em que pese a sua textura aberta, para limitar a discricionariedade judicial. Acrescente-se a isso que, mais adiante, por meio de seu pós-escrito, como resposta a Dworkin, justamente da acusação de em sua teoria não reconhecer como normas esses padrões outros a que hoje chamamos de princípios, Hart argumentará, inclusive, que a própria regra de reconhecimento pode exigir o

⁷⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p.158.

⁷⁵ *ibid.*, p.197.

atendimento a padrões morais de conduta para validar o sistema jurídico, embora isso não seja em regra necessário mas apenas contingente.

O próximo capítulo se deterá em demonstrar o afastamento paulatino da perspectiva positivista ocorrido especialmente pela visão do jurista americano Ronald Dworkin. Este, ao estabelecer a perspectiva do direito como uma prática interpretativa, necessariamente o ressubstancializa e o reaproxima das fronteiras para com a moral e a política, e, neste caso, o afasta de algumas das teses mais importantes defendidas pelo positivismo jurídico, a saber: a tese da separação entre o direito e a moral, a tese da discricionariedade judicial e a tese das fontes sociais do direito, o que também implica revolucionar a própria teoria da norma, em função da ideia normativa dos princípios e, conseqüentemente, exigir, para dar conta desta nova realidade, um teoria nova da interpretação e argumentação jurídicas.

CAPÍTULO 2

O DISTANCIAMENTO DA PERSPECTIVA POSITIVISTA EM FUNÇÃO DO POSICIONAMENTO DE RONALD DWORKIN: HART *VERSUS* DWORKIN, OPOSIÇÃO OU COMPLEMENTARIEDADE?

Neste capítulo será demonstrado como, a partir de uma compreensão nova sobre o direito, tratada na perspectiva estabelecida por Dworkin por ocasião das críticas feitas ao positivismo jurídico de Hart, o direito passa a ser compreendido de maneira indissociável da moral. A compreensão de que a leitura do direito como um sistema complexo de regras encontra-se defasada diante da realidade do reconhecimento dos princípios em seu padrão normativo traz como consequência uma mudança considerável na própria teoria do direito.

Por outro lado, a retomada do debate Hart-Dworkin, especialmente após a publicação do *Post Scriptum* de Hart, analisada de uma maneira mais detida, mostra que, apesar das diferenças essenciais entre as duas grandes visões, é necessário também singularizar, principalmente, a proximidade teórica entre os dois autores para que possa ser percebida a existência de uma região fronteira entre as duas perspectivas (a perspectiva positivista e a não positivista ou pós-positivista que demarca o paradigma do constitucionalismo contemporâneo). Essas duas perspectivas ainda têm seus limites por ser mais precisamente delineados até mesmo para que se possa afirmar, com mais segurança, a transposição da dita fronteira.

1 A PERSPECTIVA DO DIREITO COMO INTERPRETAÇÃO – RONALD DWORKIN

O distanciamento da perspectiva positivista, em termos não jusnaturalistas⁷⁶, acontece a partir do momento em que Dworkin consegue demonstrar que o sistema jurídico não se constitui apenas em um complexo sistema de regras primárias e secundárias, mas que, para além disso, incorpora padrões outros que são os chamados princípios jurídicos. Estes, por sua vez, acabam estabelecendo um importante elo entre a moral e o direito (já que estes são considerados padrões que indicam a exigência de justiça ou equidade), o que resultará na defazagem da tese positivista da separação entre a moral e o direito e, conseqüentemente, na ideia de neutralidade, ambas incapazes de dar explicação adequada esta nova realidade do direito.

1.1 TOMANDO OS DIREITOS A SÉRIO: A REFUTAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Dworkin, em 1977, com a sua obra *Levando os Direitos a Sério*, se propôs a estabelecer um teoria melhor do que a que ele denominou, ainda que com alguma imprecisão histórica, positivismo jurídico. Nessa construção, Dworkin, como se sabe, promove as suas críticas direcionadas àquilo que ele entende ser a forma mais poderosa e aperfeiçoada do positivismo jurídico, que seria, então, a vertente hartiana desta teoria. Para Dworkin, as posições centrais do positivismo, que contribuem para defini-lo ainda que de maneira geral, giram em torno das seguintes ideias:

⁷⁶ Calsamiglia entende que Dworkin se coloca em uma posição intermediária entre o positivismo e o jusnaturalismo, visto que critica a inoperância do positivismo jurídico perante a realidade dos princípios e diretrizes, mas não se inclina pelo jusnaturalismo em função de que os princípios não podem ser codificados ou estabelecidos de uma vez por todas, pois são dinâmicos e mudam com a sociedade e, portanto, não se aproximam da ideia metafísica de existência de princípios imutáveis e universais (Conferir CALSAMIGLIA, Albert. Por que é importante Dworkin? *Doxa*, n.2, p.159-165, 1985).

- 1) O direito é um conjunto de regras especiais que definem o comportamento de uma determinada comunidade; estas regras estabelecem o comportamento a ser punido ou coagido pelo Poder Público. Para serem identificadas, tais regras são submetidas a determinados critérios ou testes que tem a ver com a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas e que não passam pela questão do conteúdo que adotam. Se está, aqui, diante do conceito hartiano de regra secundária de reconhecimento, que identifica as demais normas como pertencentes ao sistema jurídico. É o que Dworkin passa a denominar teste de *pedigree*.⁷⁷
- 2) O conjunto dessas regras constitui o próprio direito de tal modo que, se um determinado caso não encontra solução na regra estabelecida, ele deve ser decidido por meio da discricionariedade do juiz que, indo além do direito estabelecido, procura algum outro padrão que oriente ou complemente a regra existente. Aqui se está diante da noção de discricionariedade do juiz, perante as chamadas zonas de penumbra.

Segundo Dworkin, dentro do modelo positivista, Hart avança muito ao estabelecer a distinção entre regras primárias e secundárias e reconhecer que existem duas fontes possíveis de autoridade das regras de direito. A primeira seria o fato de um grupo reconhecer as regras como obrigatórias e como razão para criticar o comportamento daqueles que não as cumpram, e a segunda seria a validade de tais regras determinada de acordo com o que dispõe uma regra secundária de reconhecimento. É com a regra de reconhecimento que nasce a ideia de direito, conforme já se observou supra, como um sistema. O problema, no entanto, é que o teste de *pedigree* feito pela regra de reconhecimento é próprio para um modelo de regras, como o modelo do positivismo jurídico, mas não serve para identificar padrões outros, também importantes, que não funcionam como regras mas sim, como princípios ou políticas, em especial, diante dos chamados casos difíceis. É oportuno observar que Dworkin reconhece uma distinção entre princípios e políticas, qual seja,

Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.28.

adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.⁷⁸

Dworkin desenvolve seu pensamento ao entender que há uma diferença lógica entre regras e princípios, já amplamente conhecida e difundida e que ambos são espécies do gênero norma jurídica.⁷⁹ O teste de *pedigree*, em outras palavras, a regra secundária de reconhecimento estabelecida por Hart, é inútil para identificá-los. Dworkin entende que a origem de alguns princípios não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou de um tribunal, mas antes repousa na compreensão do que é apropriado, que é desenvolvida não apenas pelos operadores do direito, mas também pelo público ao longo do tempo. Esses padrões gerais dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva de diferentes tipos de precedentes e à relação de todos estes fatores com as práticas morais de uma comunidade. Assim prossegue Dworkin,

Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única "regra", por mais complexa que fosse. Mesmo se pudéssemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart. Essa imagem é a de uma regra suprema, razoavelmente estável, que especifica "alguma característica ou características, cuja posse por parte de uma regra sugerida é tomada como uma indicação afirmativa e conclusiva de que se trata de uma regra..."⁸⁰

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.36.

⁷⁹ Como se sabe, Dworkin entende que a diferença entre regras e princípios não se dá apenas quanto ao grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade (em geral maior nos princípios do que nas regras), mas essencialmente, a diferença entre estes dois tipos de norma é qualitativa, ou seja, de caráter lógico. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem, a dimensão do peso, valor ou importância. As regras exigem as coisas à "maneira do tudo ou nada", se duas regras entram em conflito apenas uma delas pode ser considerada válida e acrescenta-se que existirão no próprio sistema, regras outras que definirão critérios para essa validade (critérios hierárquico, cronológico e de especialidade). Dos princípios, diferentemente das regras, não decorre automaticamente uma consequência jurídica. Dois princípios podem entrar em conflito sem que se anulem mutuamente, uma vez que o padrão de validade é inútil para identificar princípios, assim este conflito não se resolve no plano da validade, mas antes na dimensão do peso, valor ou importância, que não é exata, e geralmente resulta controversa. Aos princípios os juízes recorrem principalmente nos chamados casos difíceis em que as regras não comportam soluções.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p.65.

Para Dworkin, o modelo oferecido pelo positivismo (o direito compreendido como um sistema complexo de regras), inclusive o mais avançado dele, ou seja, o de Hart, não se presta a dar conta da realidade "jurídica" dos princípios. Segundo Fernando Salmerón, Dworkin propõe o abandono do modelo positivista e também da ideia de discricionariedade judicial, da regra de reconhecimento e da teoria da obrigação jurídica, todos plenamente entrelaçados.⁸¹ O abandono do modelo positivista se daria visto que, em primeiro lugar, o positivismo (especialmente o hartiano), ao desconhecer a realidade dos princípios como norma, não descreve o direito existente de maneira adequada. Segundo, pela não valorização do papel dos princípios, o positivismo jurídico entenderia que, quando não há regra jurídica, mediante o caso concreto, que ofereça solução ao problema, o juiz estaria autorizado a buscá-la em um espaço de discricionariedade no qual recorreria a padrões não jurídicos para esta resolução. Terceiro, a regra de reconhecimento não se presta a identificar os princípios, portanto falha como critério de identificação e reconhecimento do próprio direito.⁸²

⁸¹ SALMERÓN, Fernando. Sobre moral e derecho: apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y moral**: ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003. p.103.

⁸² Perceba-se, que Dworkin não esteve imune às mais variadas críticas em função, entre outros pontos, de sua compreensão do Direito como um sistema de regras e princípios. Pietro Sanchís (entre outros, conferir também Genaro Carrió) é um dos autores que questiona a validade de tal diferenciação lógica entre estes dois tipos de normas jurídicas, nos casos difíceis. Para ele, a afirmação de que o conflito entre regras se resolve à "maneira do tudo ou nada" pode levar à compreensão equivocada de que as regras, pela clareza de sua disposição, não precisariam ser interpretadas, voltando-se ao antigo e ultrapassado posicionamento *in claris non fit interpretatio*. Por outro lado, a própria ideia de princípios é também altamente questionável. Some-se a isso o fato de que, conforme constata o autor, o próprio Hart, reconhece a textura aberta da regra de reconhecimento e o fato que nada impediria que esta pudesse abrigar critérios passíveis de identificar um princípio (*em seu Post Scriptum*). Nas palavras de Sanchís, "*Pero volviendo al tema central de este epígrafe, tampoco la forma de resolución de conflictos parece representar un criterio totalmente seguro para sostener la existencia de un abismo lógico entre principios y normas. Estas últimas necesitan con frecuencia conjugarse con otros principios o normas, lo que sin duda altera su significado e incluso los límites de su aplicación. Si el enunciado de las reglas de Derecho fuese tan claro como DWORKIN sugiere, difícilmente podrían explicarse los cambios de rumbo que en su interpretación impone la evolución social o el impacto de un nuevo bloque normativo. Sin embargo, talvez estos no sean los aspectos fundamentales de la crítica antipositivista. Lo que DWORKIN se propone demostrar es que los jueces recurren con frecuencia a estándares que no pueden ser identificados mediante la regla de reconocimiento y, en conexión con ello, que existen deberes jurídicos que no hallan su fundamento en una práctica social. A partir de una interpretación restrictiva de la regla de reconocimiento, DWORKIN estima que sus principios no pueden identificarse por referencia al origen en un cierto legislador o Tribunal, sino que se decantan «en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el fondo como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo.»*" (SANCHÍS, Luís Pietro. Teoria del derecho e filosofia política em Ronald Dworkin. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v.5, n.14, p.359, mayo/ago. 1985).

Nessa linha, Ronald Dworkin entende que existem duas orientações jurídicas diferentes que podem ser seguidas. A primeira seria tratar os princípios jurídicos como parte do próprio direito, de tal maneira que se poderia afirmar que o direito inclui tanto regras quanto princípios, e que estes devem ser obrigatoriamente levados em conta pelos juízes quando tomam decisões sobre obrigações jurídicas, que expressam o posicionamento ao qual adere o autor. A segunda seria negar que os princípios possam ser tão obrigatórios quantos as regras e, nesse sentido, nos casos difíceis o juiz, ao lançar mão de padrões que funcionam como princípios ou políticas, o faz como se recorresse a padrões extrajurídicos, tipicamente utilizados pelos Tribunais, que ele tem liberdade de aplicar se entender adequado. Esse seria o ponto de vista próprio do positivismo. Para os positivistas, quando um caso não é abrigado por uma regra clara, o juiz deve exercer um poder discricionário, criando um novo item de legislação. Perceba-se, no entanto, que, para o autor, a discricionariedade é aqui tomada em seu sentido forte, ou seja, é a discricionariedade daquele que decide sem se encontrar obrigado pelos padrões estabelecidos pela autoridade competente. Assim, se os princípios não são compreendidos como normas jurídicas, não obrigam os Tribunais, e ainda que os Tribunais, ao decidirem uma questão na zona de penumbra, a eles recorram, estarão na verdade recorrendo a padrões não jurídicos dentro de seu espaço de atuação e decisão discricionária. Adiante-se, aqui, que a compreensão de discricionariedade, para Hart, será diferente, conforme se verá adiante.

Dworkin discorda desse tipo de compreensão (positivista e portanto decisionista), para ele, o direito é um conjunto de regras e princípios (ambos, espécies do gênero norma jurídica). Os princípios, por sua vez, não estabelecem as condições que tornam a sua aplicação necessária, ao invés, devem ser tomados em conta como se fossem uma razão que inclina para uma ou para outra direção, não determinando exatamente um resultado específico, mas antes, guiando as razões que podem ser tomadas em consideração quando do processo de decisão judicial. Para Dworkin, o modelo de regras e princípios permite encontrar soluções jurídicas aos casos em que o recurso

A recusa ao papel da regra de reconhecimento para identificar os princípios normativos não implica que exista um padrão normativo outro que possa fazê-lo. Nesse sentido, segundo Sanchís, Dworkin não entende necessária a existência de uma norma ou critério que inclua, de maneira exhaustiva, os princípios e isso, na visão do autor, implica renunciar a uma imagem fechada do ordenamento jurídico.

único às regras não admite encontrar solução sem recorrer a padrões extrajurídicos. Assim os juízes, perante os casos difíceis, revelam o direito das partes e não o criam efetivamente. Nesse sentido, não há discricionariedade para Dworkin. Ao contrário, o autor justamente critica o positivismo por entender que a ideia de discricionariedade, neste, acaba levando à conclusão que o juiz usurpa da função do legislador, ao decidir o caso na zona de penumbra, visto que sua decisão criaria o direito *ex post facto*, o que representaria, além de uma normação injusta, porque criada com efeitos retroativos aos fatos, também antidemocrática, visto que os juízes estariam desempenhando função legislativa reservada aos representantes do povo no exercício da função legiferante do Estado.

Perceba-se que como os princípios são referências valorativas de correção, especialmente quando conferem direitos, a noção positivista de separação entre direito e moral não prevalece na concepção Dworkiniana. Conforme bem observa Carvalho Netto, o conteúdo moral se incorpora ao direito por meio dos princípios. Os direitos fundamentais, que funcionam como direito, e não como padrões morais, garantem, inclusive, o pluralismo e a complexidade da sociedade moderna.⁸³

1.2 O IMPÉRIO DA PRÁTICA INTERPRETATIVA DO DIREITO

Em o Império do Direito (1986), uma produção que representa a fase mais desenvolvida e madura do autor, Dworkin irá estabelecer a compreensão de que o direito é produto de uma construção ou prática interpretativa que é estabelecida à luz da moralidade firmada pela comunidade.⁸⁴ Sua preocupação é a descrição do

⁸³ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito...**, p.61

⁸⁴ "O presente livro, expõe, de corpo inteiro, uma resposta que venho desenvolvendo aos poucos, sem muita continuidade, ao longo de anos: a de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. Segundo esse ponto de vista, a estrutura e as restrições que caracterizam o argumento jurídico só se manifestam quando identificamos e distinguimos as diversas dimensões, freqüentemente conflitantes, do valor político, os diferentes fios entretecidos no complexo juízo segundo o qual, em termos gerais e após o exame de todos os aspectos, uma interpretação torna a história do direito a melhor de todas." (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.xi-xii).

fenômeno jurídico na Inglaterra e, principalmente, no Estado americano. O autor tenta descrever a prática jurídica a partir da experiência judicial, entendendo que existe uma dimensão moral associada a um processo judicial-legal. Para ele, os processos judiciais sempre suscitam, ao menos, três conjuntos de questões: a) a questão de fato (fundamentam a teoria do direito como simples questão de fato-divergência dos juízes quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na lide); b) as questões de direito (divergência acerca da lei que rege o caso) e c) as questões interligadas de moralidade e fidelidade (divergência acerca do que é certo ou errado em termos morais). Para o autor, a divergência que realmente se verifica entre juízes e advogados é quanto aos fundamentos do direito, ou seja, uma divergência teórica. A divergência teórica consiste na divergência sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito (a legislação) e os precedentes judiciais esgotam ou não os fundamentos do direito.⁸⁵

Dworkin critica a visão do direito como uma simples questão de fato, que sustentaria que o direito apoia-se em questões de mero fato histórico e que a única divergência sensata sobre o direito é uma divergência empírica sobre o que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado. Esse posicionamento desconhece e desconsidera a divergência teórica sobre os fundamentos do direito, entendendo que esta não passa de uma questão ilusória e política, que não diz respeito exatamente à natureza da lei, mas sim àquilo que a "lei deveria ser" (a discussão aqui seria até que ponto, no exercício da sua discricionariedade, os juízes deveriam mudar o direito). Nesse sentido, todas as questões relativas ao direito podem ser resolvidas com uma consulta dos arquivos que guardam registro das decisões institucionais. Esse seria o ponto de vista das teorias positivistas. Elas diferem entre si apenas em relação a quais fatos históricos poderiam ser considerados cruciais. Segundo Dworkin, para Austin, a proposição jurídica verdadeira dependeria de ser genuinamente o comando de um soberano na sociedade. Por outro lado, Hart, em uma visão positivista mais avançada,

Afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de "regra de reconhecimento") que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis. Assim, as proposições jurídicas

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p.8.

não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam, a aceitação pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas.⁸⁶

Dworkin se contrapõe às visões semânticas positivistas afirmando que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser teórico, ao invés de empírico.

O defeito de se tentar entender o direito apenas como uma questão de discordância de convenção social, Dworkin denomina de "agulhão semântico". O agulhão semântico seria um tipo de vício que resulta em não se explicar os desacordos jurídicos como disputas verdadeiras ou como discordância genuína. Nessa perspectiva, o autor entende que o direito não pode ser descrito como um dado objetivo, pois se fosse assim não haveria sentido em ocorrer conflitos de interpretação. O próprio conceito de direito não decorre de convenção, mas de interpretação. O fenômeno jurídico consiste em ser um espaço de controvérsia e debates que pode ser apreendido apenas por meio de uma interpretação construtiva. O direito é uma prática social de característica argumentativa e o principal, embora não o único, protagonista da interpretação desta prática é o Judiciário. Perceba-se que Dworkin possui uma concepção diferente do direito, que inclui a ideia de que a finalidade do direito também determina a sua compreensão.

Ao conceituar o direito como prática social de característica argumentativa, cabe a Dworkin estabelecer e explicitar qual concepção de interpretação é por ele tomada. Para o autor, existem pelo menos três tipos de interpretação possíveis, a interpretação conversacional (é intencional e consiste no ato de se compreender aquilo que outra pessoa disse, a intenção do falante), a interpretação científica empírica (interpretam-se os dados fáticos coletados pelo cientista) e a interpretação artística ou literária, que é a que mais se assemelha à interpretação do direito como prática social. A interpretação artística ou literária apresenta uma certa autonomia em relação ao autor da obra e, por outro lado, busca mais a intenção do que a causa. Essa seria um tipo de interpretação construtiva, pois se preocupa mais com o propósito ou uma finalidade em relação a determinada prática, a fim de torná-la o melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual ela pertence.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p.42.

No caso da interpretação de uma prática jurídica, "o objetivo é oferecer a melhor versão do resultado coletivo de suas interações"⁸⁷. Em uma visão positivista, acredita-se que o direito existe para prover certeza e regulação, a fim de que a vida coletiva possa ser mais eficiente, a despeito de as pessoas poderem discordar sobre as concepções de justiça e da moralidade. Já na perspectiva de Dworkin, pode-se compreender que, para além de certeza e previsibilidade, o direito também existe para ajudar a preservar e a desenvolver a integridade e coerência, de modo a entender que uma comunidade não está apenas regida por regras, mas também por princípios de direito e da moral, formando um todo coerente. Nesse sentido, o direito não pode ser visto como absolutamente separado da moral. Observe-se que, como para Dworkin a interpretação é teleológica, finalística, o seu propósito é fazer o melhor do objeto da interpretação.

Dworkin, ao proferir uma palestra em 1990, em Tóquio, a determinada altura de sua exposição, assim se pronuncia,

Então, para retomar o que disse antes, se vocês acham que a finalidade do Direito é a certeza, então vocês fazem o melhor do Direito fazendo dele, tomando-o, o mais certo possível. Se vocês pensam, como eu, que a finalidade do Direito é fazer do nosso governo um governo de princípios, então vocês acharão que fazer o melhor do Direito é assegurar a ele um caráter mais substantivo. Isso significa fazer o melhor do ponto de vista da integridade do Direito, torná-lo o mais íntegro possível.⁸⁸

Para tal, ou seja, para fazer um direito melhor, Dworkin propõe uma teoria alternativa ou intermediária entre o que ele chama de convencionalismo (determinação prévia do direito – por convenção – advinda da Instituição do Legislativo e, portanto, a existência de um amplo espaço de discricionariedade no silêncio da lei) e do pragmatismo (resultante do ceticismo, o direito não passa de previsões acerca do que os juízes, subjetivamente, decidem no caso concreto). Essa alternativa seria a concepção do direito como integridade. Assim, para esclarecer essa concepção,

⁸⁷ SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**, p.179.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. Tradução de Raíssa Mendes, Revisão de Menelick de Carvalho Netto. In: CARVALHO NETTO, Menelick. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v.3, n.5, p.27-71, jan./jun. 1997.

Dworkin desenvolve e explica a técnica do romance em cadeia⁸⁹, ou seja, a consideração do direito em sua totalidade, como algo que se desenvolve em continuidade e coerência.

Para Dworkin, o direito como integridade nega que o direito se reduza, conforme afirmado supra, a relatos do convencionalismo (principalmente do positivismo), voltados ao passado e também a programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados ao futuro. Para ao autor, as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas e combinam os dois elementos, interpretando a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento contínuo. Assim, a compreensão do direito como integridade sugere que os juízes nem descobrem e nem inventam o direito, os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas ao mesmo tempo.

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Para o autor,

O direito como integridade pede para que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Este estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.⁹⁰

A integridade não recomenda que deveríamos todos ser governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões, a integridade não desaprova a diversidade. Conforme aduz Menelick de Carvalho Netto, a integridade do direito significa a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, assim,

⁸⁹ Para ilustrar a ideia metafórica do romance em cadeia, Dworkin propõe a hipótese de um grupo de romancistas que escrevem um romance em série. Cada romancista da cadeia interpreta um dos capítulos que recebeu para escrever. Para o estudo da interpretação e da atitude interpretativa, na visão de Dworkin, deve-se buscar novos paradigmas além da ciência do direito de forma genuinamente cognitiva. Para tanto, Dworkin apresenta-o por meio do modelo da interpretação literária na chamada *hipótese estética: a interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser*, a análise de uma obra procura ser o melhor entendimento acerca de como devemos compreendê-la. (SILVA, Davi José de Souza da. **A moralidade política na prática judicial em Dworkin**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI (GRUPO DE TRABALHO FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO), 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais...**, Belo Horizonte, 15, 16, 17 nov. 2007).

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p.291.

Uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal. Desse segundo sentido decorre a metáfora do romance em cadeia.⁹¹

Essa concepção do direito é mais inflexivelmente interpretativa do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Tanto o convencionalismo como o pragmatismo são teorias que se oferecem como interpretações, mas recomendam programas que não são em si programas de interpretação. O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e registros parlamentares em busca de observar que tipo de decisões tomam os órgãos que possuem poder legislativo. O pragmatismo exige que os juízes pensem de um modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Ambos não poderão interpretar a prática jurídica em sua totalidade. Já, o direito como integridade é diferente, visto que este oferece-se como origem e continuidade das interpretações mais detalhadas, é tanto produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto das suas fontes de inspiração.⁹²

Essa interpretação criativa vai buscar sua estrutura na ideia de intenção porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados, ou às tradições que está interpretando. Assim, pode-se comparar o juiz com o crítico literário, que destriça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo⁹³. Os juízes são igualmente autores e críticos. Dworkin propõe a feitura de uma comparação entre o direito e a literatura ao criar um gênero literário artificial: o "romance em cadeia". Para o autor, o juiz quando interpreta introduz um acréscimo na tradição que interpreta, os futuros juízes deparam-se com uma nova tradição que foi feita por ele. A contribuição dos juízes aqui é mais direta visto que assumem a tarefa de autor e intérprete ao mesmo tempo, ao estabelecer um novo capítulo que é, então, acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração,

⁹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito...**, p.67.

⁹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p.272.

⁹³ *Ibid.*, p.275.

e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O suposto romancista deve levar a sério a sua responsabilidade de continuidade, devendo criar, em conjunto, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível, como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.

Dworkin⁹⁴ distingue dois momentos interpretativos importantes. O primeiro é **a dimensão da adequação**. Nesta dimensão, deve-se atender aos critérios de coerência necessários à tomada da decisão judicial. "Dworkin resgata a *moral* para o seio da prática jurídica, a *adequação* enquanto instrumento da *coerência* deve estar em conformidade com os princípios morais utilizados ao longo da experiência das instituições jurídicas."⁹⁵ A teoria da interpretação deve levar em consideração as decisões jurídicas anteriores. A interpretação que se deve adotar necessita fluir ao longo do texto, devendo possuir um poder explicativo geral. O interprete deverá encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem-sucedido. O romancista em cadeia pode achar que nenhuma interpretação isolada se ajusta ao conjunto do texto, ou entender que mais de uma interpretação o faz. O segundo passo ou a segunda dimensão da interpretação é a (dimensão de) **justificação** ou a menção de qual das leituras possíveis do texto melhor se apresenta ou se ajusta à obra em desenvolvimento. "Fazer emergir a melhor *justificação*, dentre as propostas adequadas à *integridade*, resgata a dimensão substantiva da prática jurídica, pois irá considerar a *firmeza da visão* em que se apóia a tese esboçada pelo magistrado."⁹⁶ Nessa parte, entram em jogo os juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse. Mas as considerações formais e estruturais que dominam a primeira dimensão também estão presentes na segunda, pois mesmo quando nenhuma das duas interpretações é desqualificada por explicar muito pouco, pode-se mostrar o texto sob uma melhor luz, pois se ajusta a uma parte maior do texto ou permite uma integração mais interessante do estilo e conteúdo. Assim, a distinção entre as duas dimensões é

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p.277.

⁹⁵ SILVA, Davi José de Souza da. **A moralidade política na prática judicial em Dworkin**, p. 6136.

⁹⁶ *Id.*

menos crucial ou profunda do que poderia parecer. É um procedimento analítico útil que nos ajuda a dar estrutura à teoria funcional ou ao estilo de qualquer intérprete.

Dworkin, para tentar expor a complexa estrutura da interpretação jurídica, cria a figura de um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade, o juiz Hércules. Porém, o autor adverte que as respostas dadas por Hércules aos mais variados casos, a ele apresentados, não definem uma concepção geral do direito como integridade, mas são respostas que no momento parecem ser as melhores. O direito como integridade consiste mais em perguntas do que em respostas, e, assim, outros juízes que também aceitariam o direito como integridade poderiam dar respostas diferentes das de Hércules às perguntas colocadas por esta concepção do direito.⁹⁷

Para Dworkin, é importante observar, a concepção do direito como integridade pressupõe que os juízes se encontram em uma situação muito diversa da dos legisladores visto que os juízes devem tomar as suas decisões sobre o "*common law*" com base em argumentos de princípios (que digam o porquê de as partes terem direitos e deveres novos) e não com base em argumentos de política. Já os legisladores, no exercício da sua função, possuem liberdade maior para justificar as regras que aprovam, os direitos que criam para o futuro com base em argumentos de política, ou seja, da busca do bem-estar do conjunto da comunidade.⁹⁸ Nesse sentido ao comentar Dworkin, reforça Carvalho Netto,

A teoria positivista da interpretação, ao igualar em essência as tarefas legislativa e judicial, especialmente diante de *hard cases*, nivela as distintas lógicas subjacentes, causando uma profunda confusão entre argumentos cuja distinção é cara a toda estrutura política das sociedades modernas: *argumentos de política e argumentos de princípio*. Os primeiros se referem à persecução de *objetivos e bens coletivos* considerados relevantes para o bem estar de toda a comunidade, passíveis de transações e compromissos, enquanto os segundos fundamentam decisões que resguardam *direitos* de indivíduos e grupos, possuindo assim um papel de garantia *contramajoritária*.⁹⁹

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p.287.

⁹⁸ *Ibid.*, p.292.

⁹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito...**, p.55.

Estabelecidas as bases do pensamento de Ronald Dworkin, e, em especial, os pontos de crítica ao positivismo de índole hartiana, é possível perceber a existência de alguma proximidade no pensamento dos dois autores. Tanto Hart como Dworkin entendem a prejudicialidade de posições extremadas na teoria do direito, a que denominam, cada um a seu modo, formalismo ou conceitualismo contraposto ao ceticismo ou antiformalismo (contraposição que Hart define fazendo alusão à mitologia grega, como sendo o Cila e Caríbdis da teoria do direito), e que Dworkin, por sua vez, denomina oposição entre o convencionalismo e o pragmatismo. Os dois autores convergem na ideia de que é preciso, como Ulisses, na Odisseia de Homero, encontrar o caminho do meio entre os dois extremos.¹⁰⁰ Para Dworkin, este caminho do meio passa pela perspectiva da compreensão do direito como Integridade, para Hart, que não adere a uma perspectiva interpretativa e que, portanto, não abre mão da postura descritiva do direito, própria do positivismo, este caminho intermediário passa pela noção de um positivismo *soft*, que é consciente da indeterminação e, portanto, abertura das suas regras, tanto primárias quanto secundárias.

¹⁰⁰ Cila e Caríbdis representam dois monstros marinhos que estariam localizados, muito próximos, mas em lados opostos, do estreito de Messina. Cila seria um monstro mitológico em forma de rocha, que devorava os navegantes que se aproximavam. Caríbdis, um monstro mitológico em forma de redemoinho, que tragava os navios que passavam próximo às suas águas. Os dois representam um extremo perigo para a navegação. Na clássica "Odisseia" de Homero, o herói da epopeia, Odisseu (Ulisses na mitologia romana), teria sido o único a conseguir transpor a passagem entre os dois grandes perigos, conseguindo, assim, realizar uma incrível façanha na tentativa de regressar à sua terra natal, Ítaca. O feito significa temperança e coragem de ultrapassar as dificuldades sem cair em um ou outro extremo das paixões.

2 **POST SCRIPTUM DE HART: A CAPACIDADE DE ADAPTAÇÃO E CONTINUIDADE DO PENSAMENTO POSITIVISTA?**

O *post scriptum* de Hart foi anexado à sua obra em 1994, nele Hart procura dar resposta a algumas críticas de seu livro, especialmente a feitas por Dworkin, e acaba, na realidade, revendo determinados pontos de sua obra e aperfeiçoando e avançando a sua teoria, mas sempre dentro da perspectiva positivista. Como se verá, o autor esclarece, entre outras coisas, que a regra de reconhecimento pode também requerer critérios morais para a identificação do direito, e que, portanto, não haveria a suposta incompatibilidade de seu uso em um sistema que incluísse, além das regras, também princípios (compreendidos agora como padrões jurídicos que incorporam a moral por meio de direitos que estabelecem). Para além desse aspecto, Hart também esclarece melhor a sua ideia de atuação discricionária do juiz, no senso de que ela não é uma discricionariedade no sentido forte, conforme compreendeu Dworkin, visto que, como será esclarecido adiante, o juiz, quando decide nas zonas de penumbra, não decide livre das regras, ou precedentes anteriores, e nem deixa de tomar em consideração que a sua decisão deve ser a melhor possível, confiando em sua percepção do que é melhor, mas dentro ainda dos cânones que o próprio direito ou os precedentes lhe estabelecem.

Isso tudo faz com que, de alguma maneira, a resposta positivista se aperfeiçoe ainda mais e continue, para alguns, dando conta de estar harmonizada, inclusive, com as alterações promovidas pelo constitucionalismo contemporâneo (este será o pensamento do chamado positivismo inclusivo, conforme se verá em item específico).

Hart enfatiza, em seu pós-escrito, que sua exposição sobre a teoria do direito é eminentemente descritiva e que, assim sendo, ao estabelecê-la, não possuiu qualquer intenção de justificar o direito, compreendendo-o de forma moralmente neutra. Para o autor, a sua teoria continua a ser descritiva e não interpretativa, ainda que ela tenha introduzido a consideração do ponto de vista interno (do participante), visto que, segundo ele, o teórico descritivista precisa poder se colocar no lugar de um participante no interior do sistema, mas isso não significa a mesma coisa que aceitar a lei, endossando o ponto de vista do *insider* e abdicando, então, de sua postura descritiva. Ainda que se possa admitir, segundo Hart, que a adoção do ponto de vista interno, manifesta na aceitação da lei (perspectiva do participante), incluía

também a convicção de que existem padrões morais para a orientação da conduta e a observância da regra, ainda assim, isso seria algo a ser registrado e descrito por uma teoria descritiva moralmente neutra, o que é diferente de ser partilhado e endossado por esta mesma teoria.

No entanto, o autor reconhece expressamente que a regra de reconhecimento estabelece critérios factuais de validade jurídica não apenas no sentido da forma de criação, procedimento ou adoção das leis, mas também na possibilidade de incorporar como critério de identificação e validade das normas, a obediência a determinados princípios morais ou valores substantivos.¹⁰¹ Note-se que algumas páginas mais adiante Hart volta a fazer o mesmo tipo de afirmação, mas esclarece melhor que "a norma de reconhecimento pode oferecer critérios que se referem não ao conteúdo factual das leis, mas a sua obediência a valores ou princípios morais substantivos."¹⁰² Não obstante, não há, nessa linha de raciocínio, uma relação necessária ou conceitual entre o direito e a moral, visto que a regra de reconhecimento pode fazer referência a ditos critérios morais mas não necessariamente sempre o fará.

Como já exposto anteriormente, para Hart, tanto as normas primárias quanto as secundárias (e, em especial, a regra de reconhecimento) podem possuir a chamada textura aberta. As zonas de penumbra ou indefinição das normas não ocorrem apenas nos chamados *hard cases*, embora nestes estejam sempre presentes. Para Hart, existirão determinados casos em que o direito é significativamente incompleto, isto é, quando o direito não oferece nenhuma resposta que possa regular juridicamente determinados casos, e, para chegar a uma decisão, os tribunais deverão exercer uma função legislativa limitada, a discricionariedade.

Para todos os efeitos, não importa se, ao decidir suas causas, o juiz está *criando* o direito de acordo com a moral (sem prejuízo, é claro, de quaisquer restrições que a lei imponha) ou se, alternativamente, é orientado por sua avaliação moral sobre qual lei, *já existente*, é revelada por um critério moral do direito. É claro que, se a teoria do direito deixa em aberto a questão do caráter objetivo dos juízos morais, como opino que deve deixar, o positivismo brando não pode ser caracterizado simplesmente como a teoria que postula que os princípios ou os valores morais podem estar entre os critérios de validade jurídica. Pois, se o caráter objetivo dos princípios e valores morais é uma questão em aberto, deve ser também aberta a questão de se saber se

¹⁰¹ HART, Herbert. **O conceito de direito** (com Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Martins Fontes, 2009. p.323.

¹⁰² *Ibid.*, p.325.

as disposições do "positivismo brando" que pretendam incluir a obediência àqueles princípios e valores entre os critérios para a determinação do direito existente podem ter aquele efeito ou se, ao contrário, podem apenas constituir instruções aos tribunais para que *criem* a lei de acordo com a moral.¹⁰³

Assim, os juízes exercem um autêntico poder discricionário, embora intersticial, no caso em que a lei vigente não impõe uma decisão. Em outras palavras, como o direito é, para Hart, parcialmente indeterminado ou incompleto, em situações de lacuna da lei, o juiz exerce uma discricionariedade legislativa limitada, criando o direito para o caso mas, ao mesmo tempo, aplicando o direito estabelecido que simultaneamente lhe outorga e lhe restringe esse poder. É preciso notar que na compreensão de Hart, existem muitas restrições substantivas para que o juiz crie o direito quando o direito existente não aponta para nenhuma decisão correta. Para Hart, o juiz deve sempre ser capaz de justificar sua decisão, atuando como faria um legislador consciencioso (orientando-se por sua percepção do que é melhor), mediante algumas razões gerais que então podem variar de acordo com as suas próprias convicções e valores. Assim, o juiz pode seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei, ao tomar suas decisões.¹⁰⁴ Afirma o autor,

É verdade que, quando leis ou precedentes específicos se mostram imprecisos, ou quando o direito explícito silencia a respeito, os juízes não deixam de lado seus livros de direito e simplesmente começam a legislar, sem nenhuma orientação ulterior dada pelo direito. Ao decidirem tais casos, citam frequentemente algum princípio geral, ou algum objetivo ou propósito abrangente, que se possa considerar exemplificado ou suprido por uma área conexa do direito existente e que remeta a uma resposta definida para o problema em questão. Isto constitui na verdade o próprio cerne da "interpretação construtiva, que é traço tão importante da teoria de Dworkin sobre a decisão judicial. **Mas, embora esse procedimento possa certamente postergar, ele não elimina a oportunidade para a criação judicial do direito. Pois, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se princípios distintos que autorizem analogias conflitantes, e o juiz é muitas vezes forçado a optar entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção do que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe prescreva.**¹⁰⁵ (grifo nosso)

¹⁰³ HART, Herbert. **O conceito de direito** (com Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz), p.328.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.352.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.355.

A discricção judicial, portanto, não implica uma delegação antidemocrática de poderes do Legislativo para o Judiciário, nem pode ser qualificada de injusta, no sentido de constituir uma forma retroativa de criar o direito em prejuízo de alguma pessoa (*ex post facto*), visto que essa atuação se reduz apenas aos casos difíceis que foram regulados de maneira incompleta. Para Hart, os chamados *hard cases* constituem exceção dentro do sistema jurídico, visto que a vida do direito consiste, na maioria das vezes, em orientar indivíduos e autoridades por meio de normas precisas.¹⁰⁶

As argumentações hartianas, produzidas em seu *post scriptum*, contribuem para que se possa perceber de maneira mais clara a existência de uma proximidade grande entre os dois autores que se opõem. Diante dessa proximidade, é possível questionar se realmente existe uma oposição real e concreta entre as duas perspectivas de compreensão do fenômeno jurídico, ou, se, na verdade, esta suposta oposição é um tipo de relação complementar ou ainda coconstitutiva entre as duas teorias. Em outras palavras, as duas perspectivas tensionam entre si, mas não seriam definitivamente opostas ou incompatíveis.

¹⁰⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p.175.

3 HART VERSUS DWORKIN: OPOSIÇÃO OU COMPLEMENTARIEDADE?

O conflito entre as posições de Hart e Dworkin parece ser inerente, mas não marca exatamente uma oposição concreta entre ambos. Seria possível a existência de uma teoria sem a outra ou vice-versa? A resposta a esta indagação parece obviamente negativa, necessariamente quando se pensa na construção de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

O que se pretende da breve exposição dos dois autores é demonstrar que, na realidade, a ideia de princípios e o reconhecimento da íntima relação entre a moral e o direito já se encontravam de maneira incipiente no próprio Hart (singularize-se especialmente que o reconhecimento das relações entre a moral e o direito jamais foi desconhecida pelos positivistas). Talvez o autor inglês não tenha, em seu contexto histórico, político, ideológico, tido ou querido ter a possibilidade de descalçar-se do apego às bases do positivismo jurídico e da ideia da necessidade de uma ciência descritiva e, portanto, neutra, mas, de qualquer forma, produz uma teoria do direito, que, ainda que reconhecidamente estruturada nos padrões do positivismo, ou seja, preservando as teses centrais que o identificam¹⁰⁷, avança tanto que chega a despregar-se daqueles ditos padrões. Sendo assim, o que Hart percebeu mas não nomeou, foi nomeado e desenvolvido, em uma compreensão mais extensa do direito, por Dworkin, com uma estrutura claramente não positivista ou pós-positivista.

Senão vejamos, existem alguns pontos de maior controvérsia entre os autores, e entre estes podemos destacar basicamente três, relevantes e interdependentes.

O primeiro é o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas, estabelecido por Dworkin e negado por Hart, que embora admita a sua existência, não os reconhece como padrões efetivamente jurídicos. O segundo, decorrente do primeiro, é a discussão em torno da ideia da regra secundária de reconhecimento estabelecida por Hart e negada por Dworkin como adequada a reconhecer os princípios como padrões jurídicos válidos (e que, posteriormente, Hart em seu *post scriptum* admite claramente poder englobar com critério de reconhecimento e validade do direito, também padrões morais o que poderia levar ao reconhecimento da juridicidade

¹⁰⁷ Vale lembrar: tese da separação conceitual entre o direito e a moral, tese das fontes sociais do direito e a tese da discricionariedade judicial.

de princípios). E o terceiro, de grande relevância, é a noção de discricionariedade judicial, ou seja, uma questão que tange aos limites do próprio direito, e que pode existir ou não, dependendo das conclusões a que se chegue em relação aos outros dois primeiros pontos.

Quanto ao primeiro ponto, ou seja, a noção de princípios, Hart, ao entender o direito como um sistema complexo de regras, mas incompleto, além de indeterminado, se posiciona, conforme já visto, no sentido de que, quando os juízes se encontram mediante os chamados *hard cases*, tomarão suas decisões baseadas em uma escolha que obviamente não é livre nem arbitrária, mas fundada em padrões, que na sua concepção mais restrita de direito não são exatamente jurídicos, porque não previstos explicitamente em uma estrutura de normatividade aberta (ou seja, carentes de formulação expressa dentro do próprio sistema), mas que, seguramente, hoje se poderia reconhecer como princípios normativos decorrentes de uma compreensão mais extensa do direito como aquela propugnada por Dworkin. Segundo expressa Hart,

Na verdade, todos os sistemas conciliam, de modos diferentes, duas necessidades sociais: a necessidade de certas normas que os indivíduos particulares possam aplicar a si próprios, em grandes áreas do comportamento, sem nova orientação oficial e sem considerar questões sociais; e a de deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos por meio de uma escolha **oficial e bem informada, problemas que só podem ser adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrem em um caso concreto**. Em certas épocas e sistemas jurídicos, pode ser que se sacrifique um número excessivo de coisas por amor à segurança, e que a interpretação jurídica das leis ou dos precedentes seja demasiado formal, deixando assim de se adequar às semelhanças e às diferenças entre os casos que só são visíveis quando estes são avaliados à luz dos objetivos sociais. Em outros sistemas ou outras épocas, talvez se deixe em aberto um número excessivo de coisas, a serem tratadas pelos tribunais como permanentemente passíveis de revisão em função dos precedentes, e que respeitam muito pouco os limites que a linguagem legislativa, apesar de sua textura aberta, em última análise oferece. A história da teoria do direito é, sob este aspecto, curiosa, pois costuma ou ignorar ou exagerar a indeterminação das normas jurídicas. Para evitar esta oscilação entre extremos, devemos nos lembrar que a incapacidade humana de prever o futuro, a qual está na raiz dessa imprecisão, tem graus variáveis em diferentes campos do comportamento; e que os sistemas jurídicos suprem essa incapacidade com uma correspondente variedade de técnicas.¹⁰⁸ (grifo nosso)

¹⁰⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p.169.

Observe-se que, para Hart, não há a possibilidade de se encontrar uma única solução correta *a priori*, senão no exercício de uma discricionariedade, que não é por ele tomada no seu sentido forte, como diria Dworkin, conforme já se observou alhures, mas que envolve a possibilidade de estabelecer uma solução que represente um equilíbrio razoável, tomando-se em consideração o peso entre os diversos interesses conflitantes. De acordo com o afirmado pelo próprio autor inglês, a discricionariedade não implica que os juízes tenham um passe livre para a criação normativa, ao contrário, estes se encontram adstritos a atuarem, conforme já afirmado, "como legisladores conscienciosos" (perceba-se inclusive que hoje, no paradigma de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, sequer o legislador independente em sua função é livre para a criação normativa, visto que deve se pautar pelos parâmetros da própria Constituição). Obviamente Hart não abre mão do posicionamento de que os juízes, nos casos difíceis, procedem a uma verdadeira escolha, que não é determinada pelo direito, muito embora este possa estabelecer seus parâmetros e limites. Para Hart, certamente esta escolha não é uma escolha livre, nem tampouco baseada em um arcabouço de crenças e valores individuais do juiz, ainda que obviamente estes possam influir na tomada de decisão. De qualquer forma, não se pode negar que, ainda que decida individualmente, o juiz estará sempre vinculado a uma prática interpretativa da comunidade, e a própria linguagem, como já reconhecia Hart, é dependente das práticas comunicativas desta mesma comunidade.

Conforme já comentado, quanto ao segundo ponto, Hart, em seu *post scriptum*, acaba por admitir que a regra de reconhecimento, que reconhece como jurídicas as normas do sistema, pode, ela mesma, fazer referências a critérios morais para o reconhecimento e a validade das demais normas jurídicas. Com esse posicionamento, acaba-se por admitir que existe uma vinculação não conceitual ou necessária, mas sim contingente entre o direito e a moral. Com base nessa afirmação de Hart é que se desenvolverá o que se convencionou chamar de positivismo inclusivo, o qual será tratado em capítulo adequado, mas que, como se pode depreender desde já, mantém a tese da separação entre o direito e a moral visto que se pode acontecer de existir uma vinculação entre direito e moral quando da inclusão, na regra de reconhecimento, de padrões ou critérios morais, isso não significa que necessariamente sempre será assim. Em outras palavras, admite-se uma vinculação contingencial entre o direito e a moral, dentro do próprio positivismo jurídico. Perceba-se que essa adaptação e o desenvolvimento em relação à teoria de Hart acabam preservando

e aperfeiçoando o positivismo jurídico. É possível, porém, indagar, também, até que ponto, ao admitir-se tal vinculação, ainda que contingencial, se está diante da preservação e não da ultrapassagem do paradigma positivista.

Quanto ao terceiro ponto de divergência, ou seja, a questão da existência ou não da discricionariedade judicial ante a tomada de decisão pelos juízes nas zonas de penumbra ou *hard cases*, conforme já assinalado, é decorrência do posicionamento em relação às duas questões anteriores e implica reconhecer-se ou não limites mais extensos àquilo que se compreende como direito.

O próximo capítulo demonstrará que as relações entre a moral e o direito ao longo do tempo jamais foram desconhecidas, nem mesmo pelos utilitaristas e positivistas analíticos. A distinção entre o direito que é e o direito que deve ser foi estabelecida, especialmente pelos pensadores utilitaristas, como crítica aos jusnaturalistas, no entendimento de que a eliminação das fronteiras entre os dois campos de conhecimento (o jurídico e o moral) poderia levar o direito a suplantar a moral como critério de conduta e, assim, estar imune a toda e qualquer possibilidade de crítica e aperfeiçoamento.

Conforme já aventado, a discussão contemporânea se dá em torno de que papel desempenha a moral no direito, visto que este será o aspecto principal para demarcar a ultrapassagem ou não da perspectiva positivista. As doutrinas positivistas evoluíram, mas não abriram mão de compreender o direito destituído de um vínculo necessário ou conceitual para com a moral. Já as doutrinas pós-positivistas procuram demarcar a ultrapassagem do marco positivista, estabelecendo que não é mais possível identificar o direito sem que se reconheça a sua relação conceitual ou necessária para com a moral.

O positivismo jurídico cingiu-se, neste ponto, em duas grandes vertentes: aquilo que se chama de positivismo inclusivo ou *soft positivism* e aquilo que se chama de positivismo exclusivo, além do chamado positivismo ético. Como se verá adiante, o positivismo inclusivo nasce da compreensão (advinda do desenvolvimento de pensamento Hartiano) de que a moral desempenha um importante papel na compreensão do direito, mas que representa, ainda, uma conexão não necessária ou conceitual. Por outro lado, se desenvolve também a compreensão de que a moral não desempenha qualquer papel conclusivo na definição ou compreensão do que é o direito, para os positivistas exclusivos. Essas duas vertentes, singularmente, a do positivismo inclusivo, mais aceita e discutida, mantém a tese central do positivismo jurídico, ou seja, a tese da separação conceitual entre o direito e a moral fazendo com

que este aperfeiçoamento da doutrina positivista se revele como um desenvolvimento (e não um rompimento) em termos mais apurados dela. A mesma observação se poderia fazer em relação à vertente do positivismo ético, mas, ao que parece, esta vertente não representa, necessariamente, um desenvolvimento da doutrina positivista.

No entanto, se o direito só pode ser compreendido como tal quando mantenha vínculo necessário e conceitual com a moral, aí estaremos diante da ultrapassagem do paradigma positivista. Esse será o posicionamento defendido pelos chamados pós-positivistas, no paradigma de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, visto que, nessa perspectiva, estaria vencida a tese da separação que conduz à noção de neutralidade do direito.

Isso não significa, por óbvio, um rechaço ao direito positivo, mas sim, a uma maneira de se conceber e de se pensar o direito, que respeita, nesta compreensão, que não se pode conceber o direito sem vinculá-lo ao cumprimento de uma determinada finalidade que, em realidade, o justifica. Não basta pensar o que é o direito sem tomar em consideração a indagação daquilo que o direito deve ser. A questão é saber se podemos e queremos definir e conceituar o direito sem tomar em consideração aquilo que queremos que seja o direito, ou, em outras palavras, a que finalidade serve o direito, ou deve servir o direito.

CAPÍTULO 3

RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL - CONTINGENTES OU NECESSÁRIAS?

Chega-se ao grande impasse da teoria e da filosofia do direito, definir qual é o tipo de relação existente entre a moral e o direito. Este não é exatamente um tema novo no horizonte doutrinário, mas, sem sombra de dúvida, é um tema persistente que se constitui, ainda, em uma grande polêmica que enseja um debate vivo e aberto, dividido, pelo menos, em duas grandes tendências: a tese da vinculação entre o direito e a moral (seja ela conceitual ou necessária) e a tese da separação. As duas grandes posições admitem matizes que muitas vezes podem chegar a obscurecer a diferença entre ambas. Não obstante, é necessário conhecer os principais argumentos de cada uma delas, a fim de que se possa tomar partido do argumento que melhor esgrime o debate e explica o direito, que melhor compreende e se adequa à realidade contemporânea. É preciso, no entanto, advertir, como bem o faz Ernesto Garzón Valdés, que esta polêmica referenciada não diz respeito às relações empíricas entre a moral e o direito. Sendo que ninguém nega ou desconhece que os sistemas jurídicos sejam reflexos mais ou menos fiéis das convicções morais de quem detém o poder em uma sociedade. A discussão se dá, na verdade, pela possibilidade ou não de se estabelecer uma relação conceitual ou necessária entre a moral e o direito.¹⁰⁹

Todos os grandes expoentes do positivismo jurídico jamais negaram a existência de relações, e, muitas vezes, até mesmo a coincidência entre normas morais e normas jurídicas. Mesmo Kelsen, quando discorre acerca da separação entre direito e moral, explica que quando a teoria do direito positivo se propõe a diferenciar direito e moral em geral e, também, direito e justiça em particular, ela vai, na verdade, contra a maioria dos juristas que pressupõe uma única moral válida, universal e absoluta. Se, no entanto, partimos da compreensão de que a moral é relativa e que, portanto, podem existir vários sistemas morais, a pressuposição é a de que o direito deve ser moral, ou seja, corresponder a um determinado sistema moral entre vários possíveis. Nesse sentido,

¹⁰⁹ VALDÉS, Ernesto Garzón. Derecho y moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo**. Barcelona: Gedisa, 2003. p.19.

a pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e a não a relação entre aquele e "a" Moral.¹¹⁰

Assim, para Kelsen, a validade de uma ordem jurídica positiva é estabelecida independentemente de se recorrer à sua concordância ou não com qualquer tipo de sistema moral. Se não há valores absolutos ou justiça absoluta, os valores relativos que estão na base de constituição dos atos normativos não podem excluir outros valores a eles opostos. Diante disso, conclui Kelsen que os valores relativos jamais podem ser tomados como medida ou padrão absoluto de valoração da ordem jurídica positiva. Nessa linha de pensamento, expressa-se o autor em seu posicionamento a respeito da questão,

Se o Direito é identificado com a Justiça, o ser com o dever-ser, o conceito de Justiça, assim como de bom, perdem o seu sentido. Se nada há que seja mau (injusto), nada pode haver que seja bom (justo). A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*).¹¹¹

Com efeito, a expressão "separação entre direito e moral" tem de ser compreendida com cautela, visto que uma interpretação equivocada desta pode não deixar lugar para a compreensão de qualquer tipo de relação entre eles. Melhor seria então compreender o tema como a possibilidade de relações entre ambos, visto que, se não é possível que os dois conceitos se reduzam um ao outro, também não é possível que entre eles inexistam quaisquer pontos de intersecção. Na realidade, o que se pode observar é que o tipo de relação detectado entre eles poderá variar conforme o conceito de direito que se venha a adotar.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p.76.

¹¹¹ *Ibid.*, p.77.

Nessa esteira, o tema deste capítulo é um dos mais intrigantes e fundamentais discutidos na teoria do direito, e que há muito divide a doutrina, basicamente, entre aqueles que entendem haver uma relação contingente entre o direito e a moral, dentro ainda, pode-se dizer, de um paradigma positivista na compreensão do fenômeno jurídico, e aqueles que entendem que entre a moral e o direito existe uma relação necessária e conceitual, já no contexto do chamado pós-positivismo, uma vez que, neste caso, estaria vencida uma das teses centrais que sustentam o positivismo jurídico, ou seja, a tese da neutralidade.

Não se pode esquecer, ainda, que este capítulo abordará também o pensamento de autores que entendem haver uma separação absoluta entre a moral e o direito, mesmo sem compartilhar a visão de ciência do direito estabelecida por Hans Kelsen. É o caso do chamado positivismo exclusivo ou duro. Nesse tipo de compreensão sobre o fenômeno jurídico, o direito pode relacionar-se com a moral, mas esta não define a existência e validade daquele. Para esses positivistas, o que realmente define a existência e validade do direito é a tese das fontes sociais. Ou seja, a norma jurídica é identificada como válida em função da sua origem, das suas fontes sociais e não em função de seu conteúdo. Assim, para eles, o direito pode carregar qualquer conteúdo sem ver arranhada a questão de sua validade.

Antes, porém, da abordagem das relações entre o direito e a moral que gerarão aquelas teorias que serão reconhecidas adiante como teoria do positivismo inclusivo, do positivismo exclusivo, do positivismo ético e ainda do pós-positivismo, volta-se, mais uma vez, a uma abordagem, agora mais depurada, do pensamento de Hart no que tange às relações específicas entre a moral e o direito, para demonstrar que as respostas, em relação às posteriores críticas de Dworkin à sua visão positivista, já estavam estabelecidas em seu posicionamento antes mesmo que aquelas críticas viessem a se produzir formamente por meio das obras do autor americano.

1 O AVANÇO TEÓRICO PRODUZIDO PELA VISÃO DE HART: A CRÍTICA A DWORKIN ANTES DE DWORKIN?

Com Hart, dentro ainda do paradigma positivista, se produziu um enorme avanço teórico não apenas em relação à própria teoria do direito, por ele aperfeiçoada, mas também no sentido da compreensão das relações entre a moral e o direito, conforme exposto especialmente em sua obra *O Conceito do Direito* de 1961. No entanto, note-se que o próprio Hart, alguns anos antes, em ensaio intitulado "O positivismo e a separação entre o direito e a moral", publicado em 1958 pela *Harvard Law Review*¹¹², já adianta uma parte de seus posicionamentos posteriormente expressados em *O Conceito de Direito* e, principalmente, esclarece que, mesmo positivistas dos fins do século XVIII e do século XIX, como Austin e Bentham, não desconheciam as intersecções entre o direito e a moral. Ao contrário, trabalharam com intensidade por uma sociedade melhor e por melhores leis, e nunca negaram que as prescrições jurídicas frequentemente expressam princípios morais. No entanto, sempre estiveram preocupados com as possíveis e perigosas confusões que podem existir entre o direito como é e o direito como deveria ser.

Os velhos positivistas, segundo Hart, condenaram os adeptos do direito natural justamente por terem obscurecido essa distinção. Em especial Bentham via dois grandes perigos nesta confusão, assim expressado por Hart,

Há, portanto, dois perigos que a insistência nesta distinção nos ajudará a evitar: o perigo de que o Direito e sua autoridade dissolvam-se nas concepções humanas daquilo que o direito deveria ser, e o perigo de que o Direito existente possa suplantará a moral como critério último de conduta e que, assim, possa escapar de críticas.¹¹³

¹¹² Fernando Salmerón observa que esse ensaio de Hart é resultado de uma conferência, como professor visitante, proferida na Escola de Direito de Harvard, em 1957. Esclarece ainda que quase vinte anos depois desta publicação de Harvard, o artigo de Hart foi reproduzido, de maneira incompleta, por Ronald Dworkin, encabeçando um volume dedicado à filosofia do direito na série *Oxford Readings in Philosophy*, no ano de 1977. Nessa publicação foi suprimida a primeira parte do ensaio de Hart onde, justamente, o autor estabelece os antecedentes históricos de pensadores positivistas como Austin e Bentham, no sentido de demonstrar que estes jamais desconheciam as relações entre a moral e o direito, e inclusive tinham ciência que as prescrições jurídicas frequentemente expressam princípios morais. (Conferir SALMERÓN, Fernando. Sobre moral y derecho..., p.82).

¹¹³ HART, Herbert L. A. Ensaio 2: o positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: _____. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.58.

Ainda, para Hart, os utilitaristas, ao insistirem na separação entre o direito e a moral, jamais teriam querido dizer que não existem intersecções entre ambos. Nunca negaram, por exemplo, a influência dos padrões morais de conduta no desenvolvimento dos sistemas jurídicos e vice-versa, de tal forma que o conteúdo da lei pudesse refletir normas ou princípios morais. Segundo Hart, o próprio Austin fala da frequente coincidência do direito positivo e da moral, o que contribuiu para a confusão entre o direito que é e o direito que deveria ser. Assim esclarece Hart,

Em segundo lugar, nem Bentham, nem seus seguidores, negavam que por meio de preceitos legais explícitos princípios morais pudessem ser inseridos, em diferentes pontos, em um sistema jurídico e fazer parte de suas regras, ou que os tribunais pudessem ser legalmente obrigados a decidir segundo o que acreditavam ser justo ou melhor. Bentham reconheceu, de fato, ao contrário de Austin, que mesmo o poder legislativo supremo pode estar sujeito a restrições legais de uma Constituição e não teria negado que princípios morais, como os da Quinta Emenda (à Constituição dos EUA), possam formar conteúdo de tais restrições constitucionais.¹¹⁴

Para Hart, tanto Bentham quanto Austin queriam apenas afirmar que, na ausência de normas constitucionais ou legais expressas, o fato de uma norma violar padrões morais não implicava que ela perdesse a identidade de regra jurídica e o inverso, ou seja, o fato de uma norma ser moralmente desejável não implicaria necessariamente a sua identidade de regra jurídica.

Na continuidade do raciocínio de Hart, estabelecido no já citado ensaio, uma conexão essencial entre o direito e a moral emerge se se examina a forma como leis em conflito ou disputa são interpretadas e aplicadas em referência ao caso concreto. E, essa conexão emergirá com mais força se deixarmos de indagar se cada norma jurídica particular deve satisfazer um conteúdo moral mínimo para ser considerada jurídica e ampliarmos a visão passando a indagar se um sistema jurídico o é, apesar de não satisfazer a conteúdos morais. O autor reconhece que a visão dos utilitaristas das noções simples de comando e hábito para a análise do direito foram evidentemente equivocadas, mas isso não implica que a insistência utilitarista na distinção entre a existência da lei e os seus méritos, estivesse igualmente equivocada. Na parte III de seu ensaio aqui referenciado, Hart recorda a crítica americana sobre a separação entre o direito que é daquilo que o direito deveria ser, feita pelos Realistas da

¹¹⁴ HART, Herbert L. A. Ensaio 2..., p.59.

década de 1930, na análise do raciocínio dos juízes nas decisões jurisprudenciais. Esses, conforme se sabe, aceitaram o modelo das ciências naturais como o mais adequado para a caracterização do direito e mostraram a inadequação da terminologia tradicional para descrever a operação judicial nas tomadas de decisões como se fosse uma operação absolutamente lógica, o que não ocorria concretamente naquelas operações, especialmente devido às características de limitações da linguagem, das quais os realistas foram extremamente conscientes. As situações de fato muitas vezes não se apresentam claramente para que o juiz simplesmente as leia por meio de uma operação dedutiva. Ao aplicar normas jurídicas é preciso assumir a responsabilidade de decidir "que as palavras englobam ou não englobam o caso em pauta, com todas as consequências práticas que essa decisão envolve."¹¹⁵ Eis aqui o que Hart passou a designar de "problemas de penumbra". O desconhecimento dessas zonas de incerteza no direito, quando do processo de decisão judicial, é estigmatizado como um erro do formalismo ou do literalismo, ao considerar que o raciocínio envolvido no processo de decisão é meramente dedutivo de premissas sobre as quais as escolhas práticas ou decisões judiciais não possuem qualquer impacto.¹¹⁶

Entretanto, para o autor, o vício do formalismo pode ser imputado aos juízes, mas não exatamente aos juristas. Nesse sentido, Hart destaca que nem Austin, nem qualquer outro analítico do direito (os velhos positivistas), acreditavam que o direito era um sistema lógico fechado nos quais os juízes deduziam de premissas as suas decisões. Austin, inclusive, reconhecia a imprecisão e o caráter aberto da linguagem acreditando que em situações de incerteza os juízes devem legislar.

Se o formalismo é um vício dos juízes, este vício consistiria em os Tribunais acabarem por fazer uso excessivo da lógica. Para Hart, esse erro implica dar a um termo geral uma interpretação cega aos valores e consequências sociais. Para o autor, o que faria uma decisão melhor ou mais sensata é, realmente, algum conceito daquilo que o direito deveria ser. A partir daí seria fácil afirmar que deve haver um

¹¹⁵ HART, Herbert L. A. Ensaio 2..., p.69.

¹¹⁶ Assim esclarece Hart, "Os vilões, neste ponto, responsáveis pela concepção do juiz como um autômato, não são os pensadores utilitaristas. A responsabilidade, se deve ser imputada a algum teórico, é a pensadores como Blackstone e, em um estágio anterior, a Montesquieu. A raiz desse mal é a preocupação com a separação de poderes e a "ficção pueril" (como chamou Austin) de Blackstone de que os juízes apenas "encontram", jamais criam o direito. (*Ibid.*, p.72).

juízo moral sobre o que o direito deveria ser e, assim, se encontra um ponto de intersecção entre o direito e a moral.

Segundo Hart, a demonstração dos erros do formalismo busca mostrar que a distinção utilitarista entre o direito que é e o direito que deve ser é equivocada. E, se é assim, se deveria entender que os objetivos, as políticas e os propósitos sociais a que os juízes devem apelar, para obter-se uma decisão melhor e mais sensata, seriam, eles mesmos, parte do próprio direito em uma concepção mais ampla do direito do que a utilizada pelos utilitaristas. Se assim o fosse, poder-se-ia afirmar que a recorrência das questões da zona obscura nos mostra que os juízes não criam a legislação, em uma decisão criativa, diante da incompletude da lei, mas que, antes, apenas retiram das regras já existentes, se forem compreendidas adequadamente, aquilo que já está latente nas próprias regras. Em outras palavras, esses critérios (conveniência social e propósitos políticos) que ajudam o juiz a bem decidir nas questões obscuras fariam, eles próprios, parte do direito; posição esta, vale lembrar, que será adotada por Dworkin mais adiante no tempo, por meio de sua compreensão de princípios como normas jurídicas. No entanto, Hart se opõe a esta conclusão fácil, nas seguintes palavras,

Não decorre que, porque o oposto de uma decisão tomada cegamente na maneira formalista ou literalista é uma decisão inteligentemente tomada tendo por referência alguma concepção do Direito que deveria ser, que temos uma junção entre o Direito e a moral. Devemos, creio, nos precaver de pensar de um modo muito simplista sobre a palavra "deveria". E isto não porque não haja distinção a ser feita entre o que o Direito é e o que deveria ser. Longe disso. Mas porque a distinção deveria ser entre o que é e o que, sob diferentes pontos de vista, deveria ser. A palavra deveria simplesmente reflete a presença de algum parâmetro para a crítica; um destes parâmetros é o parâmetro moral, mas nem todos os parâmetros são morais.¹¹⁷

Por outro lado, Hart entende que a alegação do que seja sensato seguir para bem decidir as questões de penumbra não poderia ser refutada teoricamente porque, de fato, constitui um convite para se revisar a concepção do que seja a regra jurídica, de tal forma que se possa incluir, na regra mesma, os vários objetivos e as políticas que auxiliam a encontrar a solução para os casos na zona de penumbra. Nesse passo, esses critérios de conveniência política e moral teriam tanta razão

¹¹⁷ HART, Herbert L. A. Ensaio 2..., p.75.

para serem chamados de direito quanto as regras jurídicas centrais, cujo sentido se encontra plenamente estabelecido. Não obstante, Hart dá duas razões para a recusa a este convite sedutor:

- 1) A primeira consiste em que, na verdade, não há qualquer mistério na decisão racional dos juízes em casos de zona de penumbra. Como se sabe que as leis podem ser irremediavelmente incompletas, os casos da zona obscura devem ser decididos racionalmente tomando em conta a referência aos objetivos sociais;
- 2) Segundo, a distinção utilitarista entre moral e direito enfatiza que o núcleo duro de sentido é direito em um sentido centralmente importante. Para haver casos fronteirços é preciso antes haver fronteiras e, por outro lado, estabelecer a identidade entre o direito que é e o direito como moralmente deveria ser é afirmar que todas as questões jurídicas se reduzem aos problemas de penumbra e que, portanto, isso consiste em afirmar que "não há elemento central de Direito real a ser visto no cerne do sentido central que as normas têm, que não há nada na natureza de uma norma jurídica inconsistente com *todas* as questões estarem abertas à reconsideração à luz de políticas sociais."¹¹⁸ Mais uma vez aqui, Hart manifesta o seu entendimento de que as questões de penumbra são, na realidade, uma exceção dentro das possibilidades do sistema, jamais a regra.

Observe-se que Dworkin, quando escreve o artigo, "modelo de regras I", que posteriormente comporá a primeira parte de uma de suas mais conhecidas obras, "Levando os Direitos a sério", estabelece, justamente, conforme já abordado em tópico próprio, a proposição de que o direito compreendido como um sistema complexo de regras, é insuficiente para reconhecer a realidade dos princípios como padrões normativos de conduta. Ao estabelecer uma compreensão mais estensa do direito, Dworkin propõe, justamente, o que Hart entende não ser aconselhável pelos motivos acima expostos, ou seja, uma nova teoria das normas, em que os princípios possam ser reconhecidos como padrões jurídicos integrantes do próprio sistema.

¹¹⁸ HART, Herbert L. A. Ensaio 2..., p.78.

Hart também revisa a conhecida crítica de Gustav Radbruch (conhecido como um autor positivista que acaba revendo algumas posições em função do impacto causado pelos horrores do nazismo) à tese da separação entre direito e moral na Alemanha nazista, considerando-a um testemunho de uma terrível experiência, o desastre provocado pelo nacional socialismo e as suas implementações legais, mas não dá a ela nenhuma consideração significativa além de um caráter revisional da doutrina de Radbruch antes da Segunda Grande Guerra e após a ela, num relato comprometido pela visão desesperada do horror nazista. A tese de Radbruch sobre o direito injusto será retomada, no entanto, por Robert Alexy para elencar um dos argumentos utilizados para justificar, hoje, a vinculação necessária ou conceitual entre a moral e o direito, consoante se discorrerá em item adequado.

Conforme já aventado, Hart afirma que a diferença entre direito e moral tão ciosamente desenvolvida pelos utilitaristas é válida quando aplicada a qualquer lei particular dentro do sistema, mas é enganosa se tentarmos aplicá-la ao direito em sua totalidade, ou seja, ao sistema jurídico propriamente dito. Essa linha de argumentação, segundo o autor, já é embrionariamente encontrada em Austin, que havia chamado a atenção para o fato de que qualquer sistema jurídico desenvolvido contém sempre algumas noções fundamentais que são necessárias e fundadas na natureza comum das pessoas. Essa noção, para Hart, merece ser perseguida até determinado limite, ou seja, o autor reconhece que há uma necessidade de se atrelar à própria noção de sistema jurídico (tão multifacetada e vaga) a ideia de que ele, para sê-lo, deve atender a algum padrão moral; mas este vínculo entre padrões jurídicos e morais e os princípios de justiça é "tão pouco arbitrário e tão 'necessário' como o vínculo entre a lei e sanções, e o exame da questão de ser essa necessidade lógica (parte do 'significado' do direito) ou meramente factual ou causal, pode ser tranquilamente deixado como passatempo inocente para os filósofos."¹¹⁹ No entanto, ainda assim, ao avançar um pouco mais sobre a questão, Hart reconhece que existirá sempre um mínimo propósito de convivência entre os indivíduos (e este nada tem haver com as

¹¹⁹ HART, Herbert L. A. Ensaio 2..., p.86.

teses ampliadas do direito natural que buscam o conhecimento da justiça para todos os seres humanos que estariam unidos em uma concepção geral e universal do que é bom e justo) como uma necessidade natural, e, nesse sentido, todos os sistemas jurídicos coincidem com a moral em determinados pontos vitais (v.g. proibição da violência).

Aduz ainda Hart, que o elemento essencial ao conceito de justiça é tratar igualmente os casos iguais e, em uma visão liberal, o sistema jurídico se constitui de regras gerais e abstratas que nos induzem, pelo menos, a uma ideia de justiça na aplicação do direito (e não no próprio direito), ou seja, de justiça procedimental. Esses dois argumentos são, na verdade, desculpas, segundo Hart, para se falar em uma certa superposição entre padrões jurídicos e morais como necessária e natural, e que não satisfazem a ninguém que realmente esteja preocupado com a insistência utilitarista ou positivista de que o direito e a moral não devem ser confundidos

Ao concluir seu ensaio, Hart afirma que ninguém contribuiu mais, em sua opinião, para aclarar as diversas dúvidas que sobrepairam a distinção entre o direito que é e o direito que deveria ser e, especialmente, para suavizar esta divisão, do que Lon Fuller. Para Hart, o argumento de Fuller emerge mais uma vez em relação à interpretação de regras em casos concretos, quando há controvérsias sobre o seu sentido, ou seja, mais uma vez por ocasião dos problemas de penumbra.

Para Fuller, quando a aplicação da regra se estende para além daquela situação que foi prevista pelo legislador ordinário, essa sua extensão a novos casos não deve ser vista como uma escolha deliberada ou mesmo como uma "legislação" judicial (na linguagem utilitarista), mas antes, como uma elaboração natural da norma, como algo que implementa ou articula um determinado "propósito" que parece ser natural à regra, um propósito contínuo até então apreendido de modo menos específico.¹²⁰ Não obstante a força do argumento, Hart mantém suas críticas anteriores de que o que o direito "deveria" ser pode não manter qualquer vínculo com argumentos de cunho moral e, por outro lado, para o autor, não se deve esquecer que é muito raro no direito o fenômeno que justifica esse tipo de discurso. Conclui,

Utilizar, na descrição da interpretação do Direito, a terminologia sugerida de uma fusão ou incapacidade de separação entre o que é e o que deveria ser servirá apenas (como histórias anteriores de que os juízes encontram o direito (Law), nunca criam) para encobrir os fatos, que aqui, mais do que em

¹²⁰ HART, Herbert L. A. Ensaio 2..., p.93.

qualquer outro lugar, vivemos em meio a incertezas dentre as quais devemos escolher, **e que o Direito existente impõe apenas limites à nossa escolha e não a própria escolha.**¹²¹ (grifo nosso)

Como já ficou claro, as questões de penumbra, para Hart, constituem uma exceção. Via de regra, o direito apresenta soluções normativas que isentam o juiz de recorrer, para definir um caso, a noções ou padrões outros que implicariam o fato de que o juiz, ao decidir nestas zonas de incerteza, escolheria, não arbitrariamente, mas com base no próprio direito anterior existente, a solução normativa mais adequada, atuando apenas excepcionalmente como um legislador, mas como um legislador zeloso e ciente dos limites que o próprio direito impõe à sua atuação. Mais uma vez aqui estamos diante da questão dos limites do direito. Para Hart, as excepcionais situações de penumbra no sistema jurídico implicam a discricionariedade da atuação do juiz. Mas note-se que tal "discricionariedade" apenas significa, para o autor, que ao não dar a solução para o caso, o direito estabelece, ao menos, parâmetros para que o juiz possa atuar. A discricionariedade não é, para Hart, arbitrariedade de escolha e criação, mas antes, liberdade de escolher adequadamente a solução pautando-se por padrões jurídicos já previamente estabelecidos.

Conforme atualmente se pode depreender, as relações entre o direito e a moral, que jamais foram negadas ou desconhecidas, emergem novamente, em um modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, com força e contundência renovadas. O que era antes visto por Hart como uma exceção dentro do sistema, a abertura e a indeterminação do direito passaram a constituir o padrão jurídico atual, especialmente, quando valores e opções políticas são reconhecidos normativamente nos Textos constitucionais contemporâneos. Saber se houve ou não, perante a essa nova realidade, superação do paradigma positivista – no caso de se entender a existência de relações necessárias entre a moral e o direito – ou, se ao contrário, o positivismo evoluiu de tal maneira que se readaptou à nova realidade estabelecida, reconhecendo até mesmo relações contingenciais entre o direito e a moral, mas mantendo a tese da separação conceitual, é questão que intriga, ainda, teóricos e filósofos do direito. Isso singularmente porque o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo trabalha com a noção de relações estreitas entre a moral

¹²¹ HART, Herbert L. A. Ensaio 2..., p.95.

e o direito, sejam estas relações necessárias ou contingentes. Neste trabalho, no entanto, se defenderá a posição de que o neoconstitucionalismo implicara a consciência da existência de relações necessárias entre o direito e a moral.

O próximo item tratará, então, sobre a maneira pela qual o positivismo jurídico vem evoluindo na tentativa de dar conta e resposta às novas indagações que invadem a teoria contemporânea do direito e da constituição, especialmente voltada, neste caso, a dar resposta satisfatória à tese da separação entre a moral e o direito diante da nova realidade constitucional que se apresenta.

2 A POLÊMICA POSITIVISMO INCLUSIVO *VERSUS* POSITIVISMO EXCLUSIVO

O conhecido debate Hart-Dworkin abrirá a possibilidade de uma divisão teórica e metodológica dentro do âmbito do próprio positivismo jurídico. Será a divisão entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos, ainda muito pouco conhecida e, conseqüentemente, debatida de maneira escassa entre os juristas brasileiros.

Essas duas perspectivas representam um avanço considerável no desenvolvimento teórico da doutrinas positivista. Isso fica claro ao pensar-se no chamado positivismo inclusivo. Este, conforme se verá especificamente, representará um desenvolvimento da visão do positivismo *light* de Hart, a ponto de se poder admitir, nessa perspectiva, que a moral pode desempenhar um papel na identificação do próprio direito, conciliando e harmonizando, inclusive, para aos seus adeptos, o positivismo jurídico com o constitucionalismo contemporâneo e, assim, com a perspectiva de uma Constituição principiológica em um Estado Democrático de Direito.

Observe-se, por outro lado, que o processo de constitucionalização do direito, observado nas estruturas constitucionais contemporâneas, que levantará também a possibilidade de se falar em termos de pós-positivismo, ou de superação do modelo positivista, não pode levar à ignorância ou desmerecimento do importante debate travado, dentro do próprio positivismo jurídico, em relação às alterações da tese positivista, justamente para adaptá-la às novas necessidades de uma ordem jurídica que se depara, em uma frequência cada vez maior, com questões complexas e contraditórias, quando as chamadas "zonas de penumbra" tornam-se padrão de compreensão do direito.

No Brasil, é necessário ressaltar, a discussão e a divulgação das propostas pós-positivistas, para dar explicação às adaptações da teoria do direito diante das alterações exigida por um Estado Constitucional e Democrático de Direito, ganham projeção extensa e ampla difusão (vejam-se o debate e a discussão doutrinária pátrios em torno de autores como Dworkin e Alexy, por exemplo), no entanto, pouco se discute sobre as propostas de adaptação do próprio positivismo jurídico a essas novas exigências. Necessário se faz, então, jogar luzes nesse debate, tão negligenciado no

Brasil¹²², a fim de que as tênues fronteiras entre a visão positivista e a visão pós-positivista do direito possam ser demarcadas, visto que é impossível compreender o sentido pleno do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, sem compreender a sofisticação do debate dessa disputa "em família", como já se disse alhures.

Assim, a discussão teórica entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos será lembrada em suas posturas essenciais. Não é dispiciendo observar mais uma vez, a esta altura, que as duas teorias positivistas não abrem mão da tese da separação entre o direito e a moral, cada uma a sua maneira, a saber:

- 1) Os positivistas inclusivos entendem que podem existir relações contingentes entre direito e moral, ou seja, este tipo de positivismo admitirá que existem relações entre a moral e o direito, podendo aquela desempenhar uma papel na identificação deste, especialmente nos sistemas constitucionais positivos atuais, mas admitem também que é possível a existência de sistemas jurídicos que não guardam qualquer relação com a moral. Portanto, as relações entre direito e a moral jamais serão necessárias ou propriamente conceituais.
- 2) Por sua vez o positivismo exclusivo não admitirá, em qualquer hipótese, que a moral possa contribuir para identificar o direito válido dentro de um sistema, ou seja, não existem relações entre a moral e o direito, em um sentido de função de identificação.

Essas possíveis versões do positivismo atual conflitam, conforme já afirmado, com a posição que entende existir uma conexão necessária, e, portanto, não contingente ou eventual, entre o direito e a moral. Nessa perspectiva se encontram os autores que defendem a ideia de que a moral desempenha um papel necessário na identificação do próprio direito e, sendo assim, a relação entre ambos é conceitual no sentido de que não se pode compreender o direito sem apelo à moral. Esse tipo de compreensão estaria na seara do chamado pós-positivismo, desenvolvida por autores considerados não positivistas. Cada uma dessas perspectivas atuais será abordada por meio do desenvolvimento de seus principais aspectos.

¹²² TAVARES, Rodrigo de Souza. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. **Jus Navigandi**, Teresina, v.12, n.1418, 20 maio 2007. Disponível em: <<http://meujus.com.br/revista/texto/9897>>.. Acesso em: 24 nov. 2010.

É importante ressaltar, ainda, que o tipo de resposta dada à questão de se saber se a existência de uma conexão entre direito e moral venha a ser necessária ou apenas contingente, gera uma série de importantes consequências para a teoria do direito contemporânea; consequências estas que vão desde a forma de se conceber e se definir o próprio direito até o desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica e também da Adjudicação.

2.1 O POSITIVISMO INCLUSIVO

O chamado positivismo inclusivo, brando ou *soft* positivismo, é uma teoria que se propõe a mostrar a complementaridade da teoria hartiana em relação à crítica a ela desenvolvida por Dworkin. Segundo a autora italiana Susanna Pozzolo¹²³, o positivismo inclusivo, especialmente desenvolvido pelo autor canadense, Wilfrid Waluchow, acolhe algumas sugestões da crítica de Dworkin para completar, explicitar e desenvolver melhor a teoria Hartiana.

O pressuposto do assim chamado *soft positivism* entende que a moral pode desempenhar um papel importante no reconhecimento e na validade das normas jurídicas. Nesse sentido, pretende defender e esclarecer que a regra de reconhecimento da teoria hartiana pode, mas não necessariamente deve, possuir conteúdo moral. Ou seja, é possível que existam também sistemas jurídicos em que a identificação e validade das normas jurídicas passem à margem de qualquer referência à moral. Com isso, a tese da separação entre direito e moral, própria do positivismo, continuaria intacta visto que as relações entre o direito e a moral podem se estabelecer, mas de maneira contingencial e não necessária. Segundo Rodrigo de Souza Tavares, em artigo interessante sobre o tema,

A sutil reformulação proposta pelo positivismo inclusivo reside nessa afirmação: A consideração de critérios morais para resolver problemas de validade jurídica é uma contingência histórica, não uma necessidade. Isso faz com que o positivismo incorporacionista aceite uma vinculação entre o direito e a moral

¹²³ POZZOLO, Susanna. Riflessioni su inclusive e soft positivism. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Eds.). **Analisi e diritto 1998**: ricerche di giurisprudenza analítica. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

sem endossar nenhuma tese de Direito Natural. Essa vinculação é considerada apenas possível e não necessária, como crêem os jusnaturalistas. Sendo assim, a autonomia conceitual do positivismo pode ser mantida, mesmo diante do fato de que os ordenamentos jurídicos contemporâneos, através de suas práticas de reconhecimento do direito, incluem entre seus critérios de validade jurídica padrões de natureza moral. Pode haver, aqui e hoje, pautas substanciais como critério de validade jurídica, mas, para os positivistas inclusivos, nada impede que as coisas ocorram de forma contrária em outro tempo e lugar.¹²⁴

A dependência em relação à tese das fontes sociais (uma das teses centrais do positivismo jurídico) se dá, aqui, apenas quanto à regra de reconhecimento, sendo que em relação às regras primárias, estas podem ser consideradas válidas por sua correção moral desde que isto esteja previsto como critério de validade na regra de reconhecimento. Esta, por sua vez, é válida em função do seu aceite pelas autoridades, visto que resulta de uma convenção. É a chamada tese da convencionalidade, a qual se voltará a explicar mais adiante.

Assim, algumas das principais características que identificam esta linha de pensamento positivista consistem nos seguintes argumentos:

- a) A regra de reconhecimento, entendida como convenção socialmente aceita, permite identificar as regras pertencentes ao sistema jurídico e, portanto, válidas; a dita regra de reconhecimento consiste em um fato social, e não moral, estabelecida pela prática comum dos tribunais e funcionários responsáveis pelo andamento do sistema jurídico;
- b) O critério de validade, requerido pela regra de reconhecimento, geralmente gira em torno das chamadas questões formais ou teste de *pedigree*, mas pode também exigir critérios que digam respeito ao conteúdo da norma e a sua adequação a padrões morais;
- c) Não é conceitualmente necessário, portanto, que a regra de reconhecimento inclua padrões morais para o teste de validade, isto pode acontecer, mas por meio de uma convenção socialmente aceita.¹²⁵

¹²⁴ TAVARES, Rodrigo de Souza. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo...

¹²⁵ Nesse sentido, conforme esclarece Moreso, o positivismo inclusivo reinterpreta a teoria hartiana nos seguintes pontos: 1 - **Quanto à tese das fontes sociais do direito**: a existência e o conteúdo do direito em uma sociedade dependem dos fatos sociais, ou seja, do conjunto de ações dos membros daquela sociedade que podem, contingencialmente, fazer apelo a padrões morais e, assim, convertê-los em padrões juridicamente válidos; 2 - **Quanto à tese da separação conceitual**

Nesses termos, o positivismo inclusivo consiste na "tese da convencionalidade". O fato de a regra de reconhecimento exigir, como critério de validade, que as normas estejam adequadas a standards ou padrões morais, não é uma necessidade inexorável, mas antes, uma convenção social, que nesse sentido pode existir ou não.

Segundo Gizbert-Studnick e Pietrzykowski, é possível que existam vários modelos de sistema jurídico baseados nessa perspectiva positivista; assim, podem-se encontrar modelos de sistemas jurídicos em que a regra de reconhecimento diga respeito apenas a critérios de *pedigree*, como, por exemplo, "só as regras ditadas por tal autoridade são válidas" ou, ainda, determinados sistemas em que a regra de reconhecimento se refira exclusivamente a critérios de conteúdo (obediência a determinados padrões morais) para que então as demais regras sejam consideradas válidas, assim como existe a possibilidade de sistemas jurídicos nos quais combinem ambos os critérios, em uma estrutura mista, o que é atualmente o mais comum. Nessa esteira, pode-se afirmar que o critério de validade assumido pela regra de reconhecimento é uma questão de convenção social e não de necessidade. A natureza do critério de reconhecimento é um assunto contingente que depende de fatores históricos, culturais e sociais.¹²⁶

Sendo assim, é necessário notar que o positivismo inclusivo não refuta diretamente a tese dworkiniana, mas antes tenta demonstrar a sua compatibilidade com essa vertente *soft* do positivismo.

Ainda, é possível reconhecer duas grandes perspectivas do próprio positivismo inclusivo, na visão de Gizbert-Studnick, e Pietrzykowski.

entre o direito e a moral: a validade da norma não está necessariamente ligada à sua adequação a padrões de moralidade, no entanto, isto pode vir a acontecer;.3 - **Quanto à tese dos limites do direito ou da discricção judicial:** em Hart há discricção judicial naquelas vezes em que o conteúdo das normas juridicamente válidas não determina normativamente nenhuma solução para o caso concreto. Já para o positivismo inclusivo, se o direito fizer (e não necessariamente deverá fazê-lo) referência a padrões morais, o espaço de discricionariedade do juiz desaparece. (Conferir MORESO, José Juan. En defensa del positivismo jurídico inclusivo. In: NAVARRO, Pablo; REDONDO, María Cristina (Org.). **La relevancia del derecho:** ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona: Gedisa, 2002. p.93-116).

Observe-se aqui, ainda, que quanto a afirmação de Moreso de que, na perspectiva do positivismo inclusivo, quando do reconhecimento de que a regra secundária abriga critérios morais, o espaço de discricionariedade desaparece, é bastante controvertida. Na realidade, para os positivistas, mesmo os positivistas inclusivos, nunca se eliminam por completo os espaços de discricionariedade.

¹²⁶ GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Positivismo blando y la distinción entre el derecho y la moral. Tradução de Raymundo Gama Leyva. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.27, p.71, 2004.

Em primeiro lugar, uma vertente mais radical e, portanto, mais intensamente branda ou soft, chamada de positivismo inclusivo ou incorporacionismo, que entende que os padrões morais se incorporam ao direito não só em relação à função de validade, mas também em relação à função de aplicabilidade do direito (orientando o conteúdo das decisões judiciais). Ou seja, que os padrões morais estejam incorporados ao próprio direito depende de uma questão de fato, justamente, a sua previsão na regra de reconhecimento e não de uma questão de necessidade.

Em segundo lugar encontra-se a versão menos radical, e, portanto, mais dura (no sentido de mais intensamente positivista), que entende que os padrões morais desempenham somente uma função de validade. Assim, os padrões morais desempenhariam um papel negativo que consistiria na eliminação daquelas regras jurídicas contrárias a eles.¹²⁷

Por outro lado, também é possível na linguagem de Eleni Mitrophanous¹²⁸, citada por Pozzolo, entender que se podem destacar dois tipos de positivismo jurídico inclusivo, que muito se aproximam da classificação anterior, como a seguir exposto.

O primeiro tipo de positivismo inclusivo se caracterizaria pela tese segundo a qual a moral desempenha um papel na individualização do direito válido, visto que a regra de reconhecimento pode requerer conformidade a princípios morais, no entanto, uma vez identificada como jurídica a norma, todo reenvio a moral será do tipo externo, ou seja, não incorporará o princípio moral ao direito. Este primeiro tipo de positivismo inclusivo teria Hart como seu grande fautor. Note-se que em muito se aproxima da vertente menos radical destacada por Gizbert-Studnick, e Pietrzykowski.

O segundo tipo de positivismo inclusivo compartilha da tese de que a moral, para além da possibilidade de ser um critério de validade e identificação do direito, também desempenha um papel na identificação do seu conteúdo, ou seja, a moral estará incluída no direito não apenas como critério da regra de reconhecimento, mas também quando faz referência a regras outras, visto que esses princípios morais encontram reconhecimento em uma prática jurídica de aceitação. Nesse caso a referência ou o reenvio à moral será do tipo interno, é a chamada Tese do

¹²⁷ GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Positivismo blando y la distinción entre el derecho y la moral, p.72.

¹²⁸ MITROPHANOUS, Eleni. Soft positivism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, winter, 1997 *apud* POZZOLO, Susanna. Riflessioni su inclusive e soft positivism, p.231.

Incorporacionismo, ou seja, a própria inclusão da moral como fonte do direito. Este segundo tipo de positivismo inclusivo teria Waluchow como seu grande fautor.

Conforme bem observa Escudero¹²⁹, esse tipo de positivismo jurídico inclusivo ou incorporacionismo parece ser atualmente a posição sustentada pela maioria dos autores que aderem à teoria do direito, chamada de positivismo jurídico. Esclarece Escudero que os principais argumentos em apoio a essa perspectiva são de que, atualmente, a maioria dos sistemas jurídicos, especialmente os sistemas constitucionais, faz referência a princípios e valores morais de tal forma que negar o papel da moral como fonte do direito seria negar a própria realidade daqueles sistemas. Por outro lado, a incorporação da moral nos textos jurídicos contemporâneos é a via adequada para se garantir o respeito aos princípios assim incorporados. Tanto é assim que os juízes constitucionais trabalham no sentido de construir um raciocínio jurídico adequado a fim de invalidar uma lei que se contraponha a alguns desses princípios morais.¹³⁰

Conforme se observou acima, o positivismo incorporacionista entende que, quando da aplicação da norma, o fato de o juiz recorrer a considerações morais para dar solução ao caso implica que, em realidade, ele recorre a padrões normativos de caráter jurídico (pela incorporação da moral ao direito) e, portanto, não há espaço de discricionariedade para a sua decisão, mas apenas a aplicação de um direito que preexiste à tomada de decisão de sua parte. Ainda, quando a própria norma jurídica faça expressamente referência a conceitos morais, há, para esta teoria do direito, a possibilidade de apreender de maneira objetiva o conteúdo do direito. É que o positivismo incorporacionista se liga à teoria do objetivismo moral, de acordo com a qual é possível apreciar o significado correto dos termos morais sem que se precise recorrer às opiniões e crenças das pessoas, e especialmente do próprio juiz. O que o direito incorpora, então, seria o conteúdo objetivo dos princípios morais, uma moralidade ideal, racional e correta.¹³¹

¹²⁹ ESCUDERO ALDAY, Rafael. Algunos argumentos frente al positivismo jurídico incluyente. In: DIMOULIUS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008. p.375.

¹³⁰ *Ibid.*, p.376.

¹³¹ *Ibid.*, p.384.

Cabe perguntar aqui, até que ponto o positivismo inclusivo incorporacionista mantém intacta a tese positivista da separação entre o direito e a moral, visto que a regra de reconhecimento, ao incorporar padrões ou critérios morais de validade das demais regras, nitidamente estabelece uma conexão entre o direito e a moral, que é dita contingente apenas porque se admite que sistemas jurídicos outros possam não o fazer. Ora, se a percepção contemporânea é justamente a de que os ordenamentos jurídicos se constitucionalizaram, e de que as Constituições contemporâneas se destacam por abrigarem princípios normativos que imantam de valores e opções políticas todo o ordenamento jurídico, qual seria o sentido de negar-se a necessidade dessa conexão visto que esta negação entra em conflito com a própria realidade do direito?

Nessa linha de raciocínio, Manuel Atienza esclarece que as principais críticas estabelecidas ao positivismo inclusivo são de que, em primeiro lugar, o discurso de identificação do direito, ao ser entendido como convenção social, não pode ser estabelecido como um discurso moral uma vez que o convencionalismo nos remete à tese das fontes sociais do direito e, neste caso, não é o discurso moral, mas a convenção que o estabelece é que identifica o direito. Essa será a tese do chamado positivismo exclusivo, como se verá adiante, estabelecido entre outros, por Joseph Raz. De outra parte, o fato de o positivismo inclusivo assinalar que há possibilidade de existência de um sistema jurídico em que a moral não desempenha qualquer papel na identificação do direito, é uma afirmação, atualmente, destituída de sentido prático, já que a maioria dos sistemas jurídicos, aderindo ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, não expressa essa realidade, conforme já observado.

Ainda, aduz Atienza que a principal crítica que se pode fazer em relação ao positivismo (ou positivismos, nas duas principais vertentes) é a de estar sempre a serviço de uma teoria descritiva e geral do direito. Descrição livre de valores e, portanto, neutra, é uma característica de todos os positivistas. Segundo Atienza, o descritivismo, ao estabelecer a descrição do fenômeno jurídico livre de valorações do seu objeto, acabou gerando a incomunicabilidade entre o discurso prático e a dogmática jurídica.

Fica clara a incomunicabilidade entre a teoria do direito como um fenômeno neutro e os discursos de justificação ou crítica das arquiteturas institucionais (próprios da filosofia política e moral), e também, em relação àqueles que têm por objeto

mediar entre os materiais normativos produzidos pelo legislador e os órgãos que devem resolver essa disputa (discurso da dogmática jurídica). Assim, continua o autor,

Y no pudiendo decir nada sobre la justificación de nuestras instituciones y normas, ni hacer recomendaciones relativas a su desarrollo y buen funcionamiento, no tiene nada de extraña que la teoría del Derecho haya suscitado un escaso interés fuera del reducido ámbito de los cultivadores de la misma: no podía interesar a los filósofos de la moral o la política y en cuanto a los dogmáticos, un aparato conceptual que se ve a sí mismo como orientado exclusivamente a la descripción del sistema jurídico ha de verse, necesariamente, como de interés limitado por quien trata, fundamentalmente, de suministrar criterios para la mejor aplicación y desarrollo de ese mismo sistema jurídico.¹³²

Acrescenta, ainda, Atienza que as teorias positivistas percebem as normas como diretivas de conduta e não dão conta de explicar aquelas outras normas que não resultam de um ato de prescrever mas sim, de um ato de reconhecimento por parte das autoridades normativas, de um conteúdo normativo que lhes preexistem. Isto implica que as teorias positivistas não estão preparadas para dar conta do raciocínio jurídico envolvido na dimensão de aceitação e de compreensão das ordens constitucionais atuais. Conforme conclui adiante o próprio autor,

Pues bien: lo que nos interesa subrayar es lo siguiente. El ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas, y éstas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales. Los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más allá de las directivas del constituyente, más allá de lo que el constituyente ha ordenado, y no pueden hallarse en otro lugar más que en las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas. Algo análogo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan sólo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes.¹³³

¹³² ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Dejemos atrás el positivismo jurídico. **Isonomia**, n.27, p.22, oct. 2007.

¹³³ *Ibid.*, p.25.

Os positivistas, ao entenderem o direito como um sistema, se descuidaram de entender também o direito como uma prática social complexa que consiste em decidir casos e justificar essas decisões, ou o direito pode ser compreendido e conceituado sem se tomar em consideração tais dimensões? Por acaso essas dimensões são de somenos importância para não integrarem um conceito de direito atual? Não seria mais adequado adotar contemporaneamente uma compreensão e, conseqüentemente, uma teoria do direito que dê conta de razoavelmente instrumentalizar a resolução destas e de outras prementes questões do direito?

Manuel Atienza, nessa linha de raciocínio, entende que as teorias de Dworkin e Robert Alexy são, atualmente, as que mais se destacam ao enfrentar os problemas atuais e complexos da seara jurídica em um viés não positivista. O viés não positivista ou pós-positivista será tratado ainda dentro deste capítulo, mas antes, o próximo ítem se deterá em esclarecer o contraponto à teoria do positivismo inclusivo, ou seja, a teoria do positivismo jurídico exclusivo. Nesta, conforme será visto, Joseph Raz argumentará que é a tese das fontes sociais do direito, e não a tese da separação, que demarca a continuidade do positivismo jurídico.

2.2 O POSITIVISMO EXCLUSIVO

O positivismo exclusivo ou restrito, ao contrário do tipo anterior, não aceita a incorporação da moral pelo direito e entenderá, portanto, que a validade jurídica de uma norma jamais poderá estar sujeita a considerações e argumentos de índole moral. Joseph Raz, que é um dos principais nomes deste modelo de positivismo, entende que a validade das normas jurídicas está sempre determinada pelos fatos sociais e, portanto, não há qualquer possibilidade de o direito e a moral estarem conceitualmente unidos.

Conforme explica Sheila Stoltz da Silveira, para Raz, as áreas teóricas que despertam maior discussão e controvérsia no conhecimento do direito são a sua identificação, o seu valor moral e o significado dos seus termos. Assim, em uma concepção positivista do direito, a sua identificação refere-se exatamente à tese social ou das fontes sociais do direito. O direito seria, nessa perspectiva, uma questão de fatos sociais. Essa tese separa nitidamente a descrição do direito de sua valoração,

pois requer que o pesquisador do direito deixe de lado as suas considerações valorativas e deônticas e se baseie apenas em considerações que podem ser investigadas e descritas de maneira neutra. A tese moral remete à noção de que o valor moral de uma disposição jurídica ou de um sistema em sua totalidade é apenas uma questão contingente e dependente do conteúdo que o direito abrigue em uma determinada comunidade, não desempenhando, portanto, um papel importante na identificação do próprio direito. Já, os significados dos termos do direito conduzem à tese semântica, que afirma que alguns termos como "deveres" ou mesmo "direito" não podem ser usados com o mesmo significado na dimensão jurídica e moral. No entanto, consoante bem observa a autora, para Raz, é a tese das fontes sociais que efetivamente identifica o positivismo jurídico.¹³⁴

Nesse senso, por meio da adesão à tese das fontes sociais, a norma será válida por referência à suas fontes sociais e não, pelo seu conteúdo moral ou correção moral. O direito é uma questão de fato (fato ao qual se atribui a capacidade de criar normas jurídicas) e a sua validade depende do fato social de sua criação. As normas adquirem validade pela sua origem formal (sua origem, sua forma de produção ou *pedigree*) e não por meio de conteúdos ou referências a alguma consideração moral, ainda que se admita que os textos jurídicos contemporâneos (Constituição e leis) a eles façam referência.

A questão da validade do direito estaria, aqui, vinculada ao tema da natureza autoritativa (a identificação de uma norma como pertencente a um sistema jurídico por estar atribuída a uma pessoa ou Instituição relevante) e dos limites do direito e não a uma questão de deontologia da atuação judicial.¹³⁵ O direito, então, seria um produto da sociedade que tem o objetivo de regular as relações sociais por meio de atos de caráter institucional criados por órgãos e Instituições responsáveis pela feitura e aplicação do direito. Assim sendo, reconhecem-se os limites do direito, visto que este não pode conter todos os padrões necessários para a resolução das controvérsias, mas tão somente contém aqueles padrões que possuem uma apropriada relação

¹³⁴ SILVEIRA, Sheila Stoltz. El positivismo jurídico exclusivo: una introducción a la teoría de Joseph Raz. **Revista Jurídica - CCJ/FURB**, v.12, n.23, p.25-43, jan./jun. 2008.

¹³⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p.43.

institucional (que se relacionam com as funções das instituições judiciais relevantes). Assim, princípios, por estarem à margem das Instituições, não podem servir de critério de validade das normas jurídicas. Nesse sentido, observa com perspicácia Libório Hierro¹³⁶ que Raz mantém radicalmente a tese da discricionariedade judicial de Hart, visto que, quando o direito autoriza o juiz a decidir discricionariamente, em casos de lacunas ou quando a aplicação das normas se enfrente com uma questão moral relevante, o juiz decidirá o caso de acordo com um raciocínio moral que é alheio ao direito. Nessa hipótese, no entanto, o juiz estará aplicando a moral e não o direito, mas só pode fazê-lo na medida em que o próprio direito o autoriza a tal. Assim, estão preservadas as teses das fontes sociais, a tese da identificação objetiva e a tese da separação, pois que o próprio sistema jurídico autoriza o juiz a decidir sobre bases morais (e não a incorporá-las ao direito), e o juiz o faz "saíndo" do direito, que foi anteriormente identificado de maneira objetiva, por referência às suas fontes sociais.

Não se pode esquecer ainda, para melhor entender o posicionamento de Raz, a concepção autoritativa do direito, empregada por ele e que estabelece os limites do direito. É preciso explicar, em uma teoria do direito, em que consiste e em que condições o direito tem autoridade (capacidade de criar pautas vinculantes de comportamento). Assim, a natureza autoritativa do direito exige que as suas normas atuem como razões excludentes para a ação. Conforme expõe Maria Cristina Redondo,

*Joseph Raz, a partir de sus consideraciones sobre la naturaleza de la autoridad, ha propuesto dos ideas íntimamente relacionadas con las reflexiones hechas hasta el momento. Por una parte, este autor sostiene una tesis que ha sido denominada **positivismo exclusivo**. Conforme a ella, el compromiso con la tesis de las fuentes empíricas del derecho, y el reconocimiento de que la autoridad jurídica tiene una función mediadora entre las razones particulares de los agentes y los ideales o valores últimos que guían las conductas, imponen la conclusión de que el contenido del derecho tiene que entenderse confinado o limitado a lo que dicha autoridad sostiene. El derecho es una institución con un dominio limitado, y su identificación exige excluir o no considerar razones morales, o de cualquier otro orden, que no sean empíricamente atribuibles a esas fuentes. En este sentido, como también lo*

¹³⁶ HIERRO, Liborio L. Porqué ser positivista? **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.25, p.291, 2002.

*han hecho otros autores, Raz intenta mostrar que el **positivismo** que admite la incorporación de todo aquello que está implícito en lo establecido por las fuentes y la apelación a argumentos morales en la identificación de normas jurídicas, es incompatible con la naturaleza autoritativa del derecho.*¹³⁷ (grifo do autor)

Para entender melhor a noção de natureza autoritativa do direito e, conseqüentemente, de razões excludentes, faz-se necessário lembrar que Raz estabelece a distinção entre razões de primeira e de segunda ordem para a ação, nos raciocínios para a resolução de conflitos práticos (as razões são utilizadas para orientar e avaliar comportamentos).

Os conflitos práticos que surgem só podem ser resolvidos por meio de um sopesamento da força ou peso relativo das razões conflitantes. Não se pode esquecer que Raz reconhece que as razões têm uma dimensão de força, uma razão pode possuir mais peso que a outra e, em caso de conflito, a força lógica da razão mais forte supera a mais fraca.¹³⁸ Os conflitos entre razões de primeira ordem são resolvidos pela força das razões conflitantes, o que não ocorrerá quando o conflito se der entre razões de primeira de segunda ordem.

Razões de primeira ordem são razões que podem ser tomadas em consideração para fazer ou deixar de fazer algo. Já razões de segunda ordem são razões para não utilizar razões de primeira ordem, ou seja, são razões para não fazer algo tomando em consideração razões de primeira ordem (não agir com base na ponderação entre razões). As chamadas razões excludentes são razões de segunda ordem, portanto. Uma razão excludente "é uma razão de segunda ordem para abster-se de agir com base em uma razão"¹³⁹. A presença de uma razão excludente pode resultar que não devamos agir com base em uma ponderação de razões visto que ou exclui uma razão que teria sido superada de qualquer modo ou exclui uma razão que teria alterado a ponderação entre as razões, no entanto, a razão superada não é simplesmente sobrepujada.

¹³⁷ REDONDO, M. Cristina. Reglas "genuínas" y positivismo jurídico. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Eds.). **Analisi e diritto 1998**: ricerche di giurisprudenza analítica. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. p.256.

¹³⁸ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.17.

¹³⁹ *Ibid.*, p.31.

Assim, é necessário esclarecer que, para Raz, normas jurídicas são efetivamente razões excludentes e razões excludentes são frequentemente utilizadas nos raciocínios práticos comuns. As normas impositivas cumprem igual papel ao que cumprem as decisões no raciocínio prático daqueles que as seguem. Uma pessoa acata uma norma impositiva porque acredita que esta é uma razão válida para que ela realize a ação determinada pela norma quando presentes as condições para a sua aplicação, e esta razão válida da norma é suficiente para se desconsiderar razões conflitantes. A norma não é apenas uma razão para realizar a ação normatizada, mas também para resolver conflitos práticos excluindo as razões conflitantes.¹⁴⁰ Observa, no entanto, o autor, que a presença da norma não resolve automaticamente os problemas práticos que podem se apresentar, visto que podem aparecer outras razões conflitantes não excluídas pela norma, embora, na maioria das vezes, a presença de uma norma seja decisiva. Para Raz, os fatores complicadores constituem exceção e ocorrem em uma minoria de casos. Assim esclarece,

O fato de as normas serem razões excludentes permite que elas atinjam este objetivo. Uma vez que uma norma é uma razão excludente, ela não precisa competir com a maioria das outras razões que provavelmente se aplicam às situações governadas pela norma, pois ela as exclui. Dessa forma, a norma simplifica o raciocínio prático. Uma vez que se estabelece que uma norma se aplica ao caso em questão, não precisamos nos preocupar com o peso das razões conflitantes que afetam o caso. Elas, na maioria das vezes são excluídas e sua exclusão não é uma questão de peso. Ela é determinada pelo fato de que a norma é uma razão de segunda ordem. Assim, as normas têm uma relativa independência das razões que as justificam. Para saber se uma norma é válida, precisamos saber que há razões que a justifiquem. Mas não precisamos saber quais são essas razões a fim de aplicar corretamente a norma à maioria dos casos. As razões para a norma determinam seu peso, tanto como uma razão de primeira ordem quanto como uma razão excludente. Mas na maior parte das situações, seu peso não está em questão. Ela prevalece em virtude de ser uma razão excludente.¹⁴¹

Para Joseph Raz, a questão de validade da norma não se confunde com outras questões de justificação. Nesse sentido, estabelece uma crítica à teoria prática de Hart, pois entende que nem toda norma depende, para ser válida, do fato de que

¹⁴⁰ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**, p.68.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.74.

seja praticada. Apenas, normas válidas são boas razões, normas praticadas são razões simplesmente porque quem as praticou acreditou que o fossem.

Um sistema institucionalizado, como o sistema jurídico, consiste em um conjunto de regras, e algumas destas estabelecem órgãos primários com a função de avaliar o comportamento de forma autoritativa com base nas normas do sistema (coincidindo, assim, com a orientação dada pelo próprio sistema, ao indivíduo comum), e, somente em normas do sistema, excluindo razões, critérios e normas que não façam parte do sistema (a exclusão de todas as outras razões conflitantes). Assim, as Cortes, quando julgam um indivíduo, devem fazê-lo de forma a tomar as exigências jurídicas como razões excludentes e, portanto, justificadas. Todas as regras jurídicas são razões excludentes e de primeira ordem ao mesmo tempo. Sendo que as regras jurídicas podem, segundo Raz, ser imperativas, permissivas ou autorizantes.

Os sistemas jurídicos são tipos de sistemas institucionalizados, porém, os mais importantes deles e que diferem dos demais sistemas institucionalizados especialmente por serem inclusivos, isto é, reivindicam autoridade para regular qualquer tipo de comportamento; por reivindicarem supremacia, no sentido de que reivindicam autoridade para proibir, permitir ou impor condições à instituição e à operação de todas as organizações normativas às quais pertencem os membros da comunidade¹⁴² e, finalmente, por serem sistemas abertos, visto que contêm normas cuja finalidade é conceder força vinculante a outras normas que a ele não pertençam. O sistema jurídico pode 'adotar' normas se elas satisfizerem alguns critérios estabelecidos por ele.

O direito é o mais importante dos sistemas institucionalizados por fornecer a estrutura normativa em que a atividade social se desenvolve. Os sistemas jurídicos são sistemas normativos identificados por características que determinam sua função como instituição social, como um modo determinado de organização social. Portanto, para Raz, o direito não possui um critério outro de identificação, como, por exemplo, segundo crêem alguns, a necessidade de satisfazer a algum critério de índole moral.

A lei para ser considerada tal deve pertencer a uma instituição social e não, necessariamente, satisfazer a algum critério moral. Segundo o autor, "os sistemas

¹⁴² RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**, p.150.

jurídicos são identificados por seu caráter institucionalizado, e podem conter quaisquer regras, com quaisquer conteúdos."¹⁴³

Nesse sentido esclarece, mais uma vez, Sheila Stoltz que o professor de Oxford entende da existência de um raciocínio para estabelecer o conteúdo do direito, assim,

Empieza Raz arguyendo que la naturaleza autoritativa del Derecho exige de sus normas que actúen como razones excluyentes para la acción, es decir, que las normas jurídicas modifiquen, desplacen o quiten las razones individuales para actuar. Y, para que las normas desalojen las razones ordinarias del balance de razones, el Derecho requiere que sus normas puedan ser identificadas sin que sea necesario acudir a argumentos o razones de tipo moral pues, si para identificar una directiva de la autoridad o su contenido el individuo tuviera que revisar las consideraciones substantivas que se supone la autoridad evaluó. La autoridad no cumpliría su rol mediador y el individuo sería incapaz de beneficiarse de la existencia de la autoridad. Además, la concepción autoritativa del Derecho, requiere de los jueces una determinada actitud frente a las normas, actitud que no exige la creencia en la corrección moral del contenido de las normas sino sólo, que los jueces entiendan o acepten la presencia de una norma derivada de una autoridad normativa como razón excluyente. De este modo, la aceptación del carácter vinculante de una norma no depende de su contenido sino sólo de su origen. En resumen, la naturaleza autoritativa del Derecho supone, a juicio de Raz, la ineludible adhesión a la tesis de las fuentes sociales del Derecho dado que ella es la única que permite identificar el Derecho sin recurrir a consideraciones morales.¹⁴⁴

No entanto, Raz entende, ainda, que é possível que se estabeleça, pelos juízes, com base na deliberação de um caso concreto, um raciocínio com suporte no direito. Neste uma norma jurídica pode, contingentemente, estabelecer um espaço de discricionariedade no qual autoriza o juiz a deliberar com base em exceções que introduzem razões morais para a deliberação do caso concreto. Esse, no entanto, será um raciocínio de índole puramente moral e não jurídica. A norma jurídica delega ao juiz, em seu espaço de discricionariedade, a possibilidade de que os órgãos judiciais utilizem raciocínios extrajurídicos, quando não há norma que solucione o caso em questão.¹⁴⁵ Mais uma vez, note-se que tanto Raz como, anteriormente, Hart, entenderão que esse tipo de ocorrência é uma exceção no direito, visto que, na

¹⁴³ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**, p.167.

¹⁴⁴ SILVEIRA, Sheila Stoltz. El positivismo jurídico exclusivo..., p.35.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.36.

maior parte das vezes, não ocorrem esses complicadores que podem se dar em relação ao caso prático já que as normas jurídicas são, em geral, decisivas para a conclusão de boa parte dos casos que se apresentam.

Para Escudero, se se pode falar em termos da clássica divisão entre critérios formais e critérios materiais de validade, os positivistas exclusivos só admitiriam os critérios formais de validade, em outras palavras, para identificar o direito o que deve importar é a sua fonte de criação e não o seu conteúdo. Na continuidade de suas argumentações, afirma o autor que não há, na teoria do positivismo jurídico exclusivo, nada que impeça de aceitar a realidade de que conceitos morais frequentemente aparecem nos textos jurídicos, especialmente nas Constituições atuais. Assim, o próprio direito pode requerer, por meio de suas normas, que determinada questão se resolva de acordo com a moral. No entanto, esse fato não implicaria, como entende o positivismo inclusivo incorporacionista, que a moral passe a fazer parte da identificação do próprio direito. Ao contrário, existe uma norma, dentro do sistema jurídico, que atribui competência ao sujeito (autorização aos órgãos de aplicação) para utilizar-se de padrões não jurídicos (políticos, morais etc.) e assim criar direito novo em um espaço de discricionariedade, ou seja, a norma continuará a ser identificada como válida em função da referência a sua fonte social e não em função do seu conteúdo moral. É possível que o positivista entenda que princípios de índole moral podem vincular os juízes em suas decisões, no espaço de discricionariedade, mas disto não se pode inferir que tais princípios sejam reconhecidos como direito válido, determinando a existência e o conteúdo das normas jurídicas. Essa tese, rejeitada veementemente por Raz, é a tese do positivismo incorporacionista do qual já se comentou em item próprio.

Perceba-se que a abordagem feita pelo positivismo jurídico exclusivo não se afasta muito da concepção de direito estabelecida por Herbert Hart no que tange, por exemplo, à ideia de que as situações em que algumas normas do direito (como razão excludente para a ação) acabam não conseguindo excluir outras razões para a ação, fazendo com que seja necessária a invocação de uma apreciação de índole moral e, portanto, fora do direito, são na realidade ocasiões excepcionais do desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos, como também, conseqüentemente, a autorização para o juiz atuar aquela invocação à razões de ordem moral em um espaço de discricionariedade. Perceba-se também que Raz, ao entender a norma jurídica como razão excludente para a ação e, portanto, justificada, acaba por criticar

aqueles que acreditam na necessidade de que, para serem válidas as normas, estas devam necessariamente satisfazer a uma pretensão de correção ou de justiça, como será o caso de Robert Alexy, já na dimensão pós-positivista, conforme será explicado em título próprio.

2.3 O POSITIVISMO ÉTICO

É possível se estabelecer ainda, dentro da dimensão de desenvolvimento do próprio positivismo jurídico, uma outra tendência teórica, para além da disputa entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos, que opera no sentido de compreender e, portanto, reabilitar o positivismo como doutrina adequada a dar conta, mesmo após o giro interpretativo, da realidade atual dos sistemas jurídicos e das necessidades das sociedades hipercomplexas. Tom Campbell, entre outros, pode ser considerado um dos adeptos e também sistematizador das propostas daquilo que se compreende atualmente como positivismo ético.

O positivismo ético, segundo Pedro Rivas, baseia-se na tese analítica que afirma que o direito pode ser conceitualmente, argumentativamente e operacionalmente, separado da moralidade. Nessa perspectiva, a aplicação e a própria identificação do direito devem ser mantidas, o quanto possível, separadas de juízos de moralidade. Conforme melhor esclarece Rivas,

El positivismo jurídico ético no hace afirmaciones empíricas sobre la separación real entre Derecho y moral más allá de que es factible en la práctica alcanzar un grado de separación entre la moral y las actividades jurídicas de quienes están encargados de la aplicación de las reglas jurídicas. Antes bien, la fuerza que motiva y organiza al positivismo jurídico ético es una visión política sustantiva sobre el sentido moral de la concepción positivista de lo que se parece a un sistema jurídico bueno y de cómo contribuye a una política justa, efectiva y democrática. Por eso mismo, los fallos del positivismo descriptivo no invalidan el esfuerzo prescriptivo, a menos que los primeros muestren la impracticabilidad de estos últimos.¹⁴⁶

¹⁴⁶ RIVAS, Pedro. La interpretación del derecho em el positivismo ético contemporáneo. **Isegoría**, n.35, p.75, jul./dic., 2006.

Campbell explica que o sentido do positivismo jurídico é recomendar que os sistemas jurídicos sejam desenvolvidos com o objetivo de maximizar os benefícios, tanto sociais quanto políticos, de se ter um sistema de regras perfeitamente identificável em função da clareza, precisão e alcance delas, sem a necessidade de se recorrer, para que sejam aplicadas, a juízos morais ou políticos controvertidos.¹⁴⁷ Nessa linha, esta teoria se liga ao chamado positivismo inclusivo já que este entende, conforme visto, a possibilidade de que existam sistemas jurídicos que não mantenham conexão com a moral.

Assim, na visão de Campbell, a distinção entre a existência e o mérito do direito não implica que a teoria do positivismo jurídico esteja limitada ao estudo da existência do direito oposto a seus méritos. A tese da "separabilidade" não é uma tese da separação entre o direito e a moral. Para o autor, nenhuma teoria positivista nega que a moral e o direito possam interagir e que até mesmo possa ocorrer, contingencialmente, uma sobreposição entre o conteúdo e as funções da moral em relação a determinada sociedade e o seu direito, não se negando, portanto, que ocorram conexões empíricas entre o direito e a moral como fenômenos sociais. Para Campbell, o que se deve evitar é que a regra de reconhecimento faça referência a termos que convidem a um juízo moral. O que tal regra deve excluir é a linguagem que requer que se faça um juízo moral antes que a regra em questão possa proporcionar um conteúdo adequado o suficiente, para direcionar a conduta concreta. Não haveria, no entanto, nenhuma objeção em que padrões morais pudessem estar inseridos na regra de reconhecimento, desde que já estivessem indicados como fontes sociais (um conjunto homogêneo de costumes morais na sociedade em questão).¹⁴⁸

Assim, o sentido de tais afirmações se explica na impossibilidade de, em uma sociedade pluralista como a contemporânea, serem encontrados tais acordos morais que impliquem a possibilidade de que eles se tornem padrões que possam vir a ser incluídos na regra de reconhecimento sem prejuízo à clareza do direcionamento da conduta concreta. Os desacordos morais sobre o que são comportamentos corretos são muito próprios das sociedades pós-modernas e, nesse sentido, se deve

¹⁴⁷ CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. Tradução de Ángeles Ródenas. **Doxa**, n.25, p.306, 2002.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.311.

evitar, o quanto possível, que as regras com pouca clareza e precisão acabem se imiscuindo na autonomia e liberdade individuais.

Para o positivismo ético, a função de criação e de aplicação das normas deve manter-se separada. Nesse sentido a função de aplicação do direito deve se conduzir, na maior medida possível, livre de juízos de valor. É a retomada da ideia de império da lei, mas como parte de um sistema democrático (que sustenta que a legitimidade política depende de se ter regras de mandato que se refiram ao processo democrático das quais emergem). Os Estados devem se reger por regras publicamente claras e conhecidas e controlar os cidadãos de acordo com regras que garantam uma certa predicibilidade e liberdade, em suas vidas. As regras ambíguas e pouco claras acabam por transferir autoridade política para os Tribunais decidirem, muitas vezes, de acordo com os seus próprios valores. Este é o contexto constitucional de relevância do positivismo ético, o que implica e requer a teoria da separação de Poderes.¹⁴⁹

O positivismo ético não se propõe a descrever o direito como é, ao contrário, é uma teoria normativa ou prescritiva visto que se propõe a prescrever o direito como dever ser. A dimensão prescritiva não pode ser desconsiderada em relação à teoria do direito positivo. Segundo Rivas, a força que motiva o positivismo ético é uma visão política substantiva sobre o sentido da concepção positivista daquilo que se apresenta como um bom sistema jurídico, que contribui para uma política efetiva, justa e democrática.¹⁵⁰ O positivismo ético apresenta um ideal do que deve ser um bom sistema jurídico ao qual se deve aspirar, mas dita "bondade" não se refere ao conteúdo das regras do sistema e sim, à sua forma e às suas funções. A "ética" do positivismo ético se refere também à conduta e ao método daqueles que administram o sistema (a ética dos Tribunais e dos Juristas deve estar em um acordo de boa-fé com o próprio direito positivista). Nas palavras esclarecedoras de Pedro Rivas,

En efecto, se trata de una teoría moral sobre el ejercicio del poder político visto como la actividad de controlar y coordinar de forma moralmente defendible la conducta de un gran número de personas. Pues bien, el positivismo ético presenta un modelo ideal de Derecho según el cual es una condición presuntiva de la legitimidad de los gobiernos que ellos funcionan a través de reglas específicas capaces de ser identificadas y aplicadas por ciudadanos y los funcionarios (officials) sin recurso a argumentos, presupuestos, creencias

¹⁴⁹ CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico, p.324.

¹⁵⁰ RIVAS, Pedro. La interpretación del derecho em el positivismo ético contemporáneo, p.75.

o mandatos de grupos políticos. Más en concreto, se trata de la idea política de que el gobierno debe llevarse a cabo mediante la creación y la aplicación de reglas específicas y objetivamente operables. Por tanto, un sistema jurídico debe ser lo más parecido posible a un sistema autónomo de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan entenderse y aplicarse habitualmente sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos. Campbell sostiene la necesidad de una ética específica para cada uno de los que participan en un sistema jurídico así, en especial de los legisladores y de los aplicadores del Derecho.¹⁵¹

Conforme bem observa Campbell, o positivismo ético vai mais além das condutas dos tribunais. Primeiramente é uma teoria que se dirige à forma e à natureza da legislação como fonte preferencial do direito novo. Se as normas não são claras e precisas, em termos das práticas linguísticas da comunidade à qual se destinam, então os Tribunais pouco podem fazer para a realização do ideal positivista.¹⁵²

Como se pode perceber, o positivismo ético preocupa-se com a correção moral e política da atividade legislativa na criação do direito, é por meio desta que se pode estabelecer um sistema que harmonize segurança jurídica com pretensão de justiça, que necessariamente as normas devem possuir. Aqui se ressalta a necessidade de um sistema preciso e bem delineado, pelo menos o suficiente para impedir, na aplicação das normas, a recorrência a juízos morais e políticos.

O próximo item adentrará a perspectiva pós-positivista, que acredita que os atuais sistemas de direito contemporâneos, em especial, os sistemas constitucionais, operam uma ultrapassagem da perspectiva positivista de compreensão, interpretação e aplicação do direito. Essa ultrapassagem estaria demarcada pela percepção de que a moral desempenha um papel necessário, e não apenas contingente, na identificação do próprio direito. Essas relações necessárias entre a moral e o direito serão vistas por meio da compreensão de Robert Alexy, Neil MacCormick e também Dworkin, na retomada de alguns dos seus principais pontos na compreensão do direito. Antes, porém, se estabelecerão as principais características que se apresentam como um convite à adoção de uma perspectiva pós-positivista.

¹⁵¹ RIVAS, Pedro. La interpretación del derecho em el positivismo ético contemporáneo, p.77.

¹⁵² CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico, p.328.

3 O PÓS-POSITIVISMO - AS RELAÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE O DIREITO E A MORAL

A proposta de falar em pós-positivismo não é fácil empreitada já que supõe, de alguma maneira, que todos nós chegamos ao positivismo jurídico e a ele aderimos, ao menos em relação a algumas de suas teses principais, e a partir dele, como ponto de chegada de uma extensa e frutífera série de debates históricos (positivismo *versus* jusnaturalismo; positivismo inclusivo *versus* positivismo exclusivo, v.g.), nos preparamos para uma nova estação de partida. A expressão pós-positivismo visa demonstrar que as principais teses atuais da teoria do direito denotam um importante avanço e, conseqüentemente, um distanciamento considerável das teses essenciais do positivismo jurídico, aceitas pela maioria dos juristas que a ele aderem.

É inegável que o atual momento da teoria jurídica e, especialmente, é importante ressaltar, da teoria constitucional, implicam uma série de mudanças significativas na maneira de compreender, conceituar e aplicar o direito. Essa é uma transformação paulatina que vem sendo percebida de maneira mais impactante por teóricos europeus e latino-americanos.¹⁵³

O doutrinador italiano Riccardo Guastini¹⁵⁴, conforme se verá mais detalhadamente em item próprio, faz alusão ao fenômeno da Constitucionalização do direito, indicando, inclusive, graus de constitucionalização que apontam a transição de um Estado de Direito para um Estado Constitucional de Direito, em que prevalece a categoria de Constituição rígida, do controle jurisdicional da constitucionalidade, da centralidade dos direitos fundamentais, de uma interpretação extensiva do Texto Constitucional, de reconhecimento de normatividade a princípios constitucionais, da intensa atuação do Judiciário por meio de uma interpretação moral da constituição e,

¹⁵³ O Constitucionalismo Americano e Anglo-Saxão (sistemas de *Common Law*) percebem as mudanças, mas não com tanta contundência quanto os sistemas de *Civil Law* que as percebem com um impacto diferenciado no sentido de que esses sistemas possuíram uma construção jurídica baseada em um apego mais forte à lei como estrutura formal, enquanto aqueles sistemas já estavam mais acostumados a perceber o direito também como fruto de uma construção de raciocínios jurídicos cristalizados nos precedentes judiciais.

¹⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

portanto, a aproximação cada vez mais estreita entre direito e política e direito e moral, ou seja, a indicação da constitucionalização do direito em termos não positivistas.

Consoante Josep Aguiló Regla, seria possível ilustrar, inclusive, um decálogo de características que põe em contraste a mudança, segundo o autor, paradigmática entre o positivismo (Paradigma Legalista) e o chamado pós-positivismo (Paradigma Constitucionalista), em decorrência do singular fenômeno da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos. Essa classificação é trazida porque contribui para estabelecer uma organização sistemática desses contrastes, a fim de tornar mais clara a percepção da ultrapassagem da perspectiva positivista do direito.

Nesse sentido a primeira característica em contraste seria a de que o positivismo defenderia o modelo de regras para explicar a estrutura do sistema jurídico. As regras comportariam a descrição fechada de um caso correlacionado com uma solução normativa e autorreferente. Nessa perspectiva, ainda poderiam existir regras abertas ou incompletas, mas estas apenas fazem remeter à ideia de uma delegação dos órgãos criadores da norma (Legislativo) aos órgãos aplicadores (Judiciário e Administração), estabelecendo um espaço discricionário de atuação (como já esclarecido, é a posição hartiana). Já o pós-positivismo estaria centrado em um modelo de regras e princípios em que os princípios, compreendidos como normas, estabelecem uma solução normativa (dizem o que deve ser), embora não definam especificamente um caso (não indicam quando são aplicáveis tais soluções normativas). Os princípios supririam juridicamente as aberturas do sistema por meio da ponderação ou compromisso interpretativo entre eles, estabelecido na deliberação prática que orientará a atuação dos órgãos de aplicação. Nesse sentido a compreensão de que inexiste espaços de discricionariedade à atuação do juiz. Este não cria, mas antes revela o direito preexistente.

A segunda característica em contraste seria que, para o positivismo, entre as regras do sistema jurídico se dão relações lógicas de dedutibilidade, assim, o conflito entre duas regras se resolve, logicamente, pela exclusão de uma delas, visto que só uma poderá ser considerada válida a fim de que não se gerem antinomias no sistema. O próprio sistema jurídico estabelecerá os critérios adequados para tal solução. Já, na perspectiva pós-positivista, não se dão apenas relações lógicas de dedutibilidade. Será necessário levar-se em conta também a ideia de coerência valorativa. O conflito entre normas princípios não se resolve pela exclusão, mas pela ponderação, ou, acrescente-se, na perspectiva de Dworkin, se resolve pela ideia de integridade.

A terceira característica em contraste é a de que no positivismo, direitos e deveres são correlativos. Dizer que alguém tem um direito normativamente estabelecido corresponde a entender-se que alguém tem um dever correspondente àquele. Na perspectiva pós-positivista, afirmar que alguém tem um direito pode corresponder a que outro tenha um dever decorrente daquela prerrogativa anterior, mas, por outro lado, afirmar que alguém possui um dever jurídico nem sempre corresponderá, necessariamente, a que alguém seja, correspondentemente, titular de um direito.

A quarta característica seria a de que, no positivismo, congruente com um sistema de regras, o raciocínio jurídico é do tipo subsuntivo, enquanto na dimensão pós-positivista, o raciocínio jurídico é subsuntivo, mas, em função dos princípios, a ponderação também é um tipo de raciocínio jurídico existente. ou como já se observou, a ideia de integridade e de coerência, desenvolvidas por Dworkin, que se configura mais como uma postura diante do direito do que propriamente como um método.¹⁵⁵ No entanto, o que aqui é realmente significativo é que a operação de ponderação entre princípios é mais básica do que a de subsumir regras. Assim explica Regla,

*Postpositivismo. En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo, por cuanto desemboca en la formulación de una regla que permita resolver el caso. Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido un incremento cuantitativo de las ponderaciones en la aplicación del Derecho. **Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero este no está compuesto sólo por reglas, también hay principios.***¹⁵⁶ (grifo nosso)

¹⁵⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito...**, p.119.

¹⁵⁶ REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos em pocas palabras. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.30, p.671, 2007.

A quinta característica de contraste consiste em que para o positivismo, "criar regras" e "aplicar regras" consistem em operações conceitualmente opostas. Criar normas é uma atividade que envolve o discurso político e moral (discurso de justificação na linguagem de Klaus Günter) e, portanto, é considerada uma atividade extrajurídica, é uma questão de vontade, da vontade do legislador na oportunidade da criação do direito. Aplicar normas, por sua vez, é uma atividade eminentemente jurídica e técnica, não é uma questão de vontade, mas de conhecimento (discurso de aplicação). Ou seja, o apego à noção da diferença entre volição e cognição. Se o juiz, aplicador, se depara com um caso em que a regra não regula a solução, então aí ele atua como legislador, criando a solução para o caso. Na dimensão pós-positivista, o raciocínio jurídico se politiza e o raciocínio político se juridiciza. As fronteiras entre o discurso de justificação e discurso de aplicação e conseqüentemente, entre volição e cognição, se tornam cada vez mais entrelaçadas. Assim,

El razonamiento político del legislador se juridifica (es subconstitutione), pues la ley no es creación ex novo, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales; y el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza (adquiere una dimensión práctica de la que carecía), pues incorpora un compromiso con los valores y los fines constitucionales (en definitiva, con los principios y/o derechos constitucionales).¹⁵⁷

Essa parece ser uma diferença fundamental para se compreender o contraste e a ultrapassagem da perspectiva positivista para a pós-positivista.

A sexta característica de contraste é que o positivismo se satisfaz com juízos formais de validade. É a chamada Tese das Fontes (fatos e atos criadores das normas), pela qual é a origem das normas que determina a sua juridicidade e não, propriamente, o seu conteúdo. Aqui, podemos fazer lembrança do pensamento de Raz, na explicação do positivismo exclusivista, que dá especial ênfase à tese positivista das fontes sociais do direito. No pós-positivismo, o direito não pode ser visto apenas como expressão de uma racionalidade do tipo formal. Mesmo porque existem normas no sistema cuja validade não repousa em critérios formais e sim, substanciais ou materiais. Nesse sentido, o próprio direito se materializa ou substancializa.

¹⁵⁷ REGLA, Josep Aguiló. Positivism y postpositivismo..., p.672.

A sétima característica consiste em que, no positivismo, dentro de um modelo de regras, existem casos regulados (que se subsumem à regra estabelecida) e casos não regulados para os quais não há solução por meio das regras estabelecidas. Nestes, abre-se o espaço de discricionariedade para o juiz (aplicador) criar o direito, que é mais uma questão de vontade ou preferência do que de conhecimento e subsunção (ressalve-se aqui a ideia de discricionariedade em Hart, já que, como se sabe, para este a discricionariedade não significa arbitrariedade, mas razoabilidade, conforme os próprios parâmetros jurídicos). No pós-positivismo a diferenciação relevante é aquela que opõe casos fáceis a casos difíceis, visto que em um sistema em que convivem regras e também princípios não há casos não regulados. O caso fácil é aquele em que existe a possibilidade de aplicação da regra. O caso difícil é aquele em que a solução não provém diretamente da aplicação da regra do sistema, devendo ser buscada em uma questão prática que envolve intensa atividade de deliberação e justificação. Assim entende Regla,

Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (jurisdictio, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (juris-prudentia, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido permitido de elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades.¹⁵⁸

A oitava característica de contraste é que para o positivismo, a linguagem da ciência do direito é uma metalinguagem e, portanto, descritiva do fenômeno jurídico (de maneira neutra e isenta, própria da separação sujeito-objeto), no qual os enunciados adquirem valor de verdade. No pós-positivismo, a oposição entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva, no âmbito do discurso jurídico, se enfraquece, visto que, para o autor, a boa ciência jurídica desempenha não apenas um papel de descrever o sistema, mas antes, de reconstruí-lo de maneira prática e justificada. O jurista (tanto teórico quanto prático) não é um mero observador do objeto que descreve senão que um participante de uma prática social complexa, como é o direito e que está comprometido com a sua melhora (posicionamento que nos remete a lembrar Dworkin).

¹⁵⁸ REGLA, Josep Aguiló. Positivism y postpositivismo..., p.674.

A nona característica, ou seja, a diferença da concepção entre estática e dinâmica jurídica e a concepção do direito como prática, é na verdade, um corolário da oitava característica anteriormente descrita e consiste na ideia, para o positivismo, de que o direito se objetiva em normas e atos, e que por isso é algo externo aos sujeitos que o usam e observam. Já na visão pós-positivista, o direito é algo que depende da *praxis* social do sujeito que o usa, aplica e o constrói como uma prática social fluida e complexa. Dessa forma, o seu conhecimento não pode ser meramente descritivo mas sim, reconstutivo de uma prática social complexa dotada de sentido, mas que nunca é homogênea para aceitar, por meio da observação, algum tipo de descrição completa. Conclui o autor, *"Por otro lado, el Derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas."*¹⁵⁹

Por fim, a décima característica de contraste explica que, para o positivismo, ensinar o direito significa transmitir o conhecimento normativo que se produziu, visto que o direito se objetiva em um conjunto de regras. Na perspectiva pós-positivista, o relevante não é a acumulação do conhecimento memorístico sobre as regras, mesmo porque isso seria, devido à proliferação legislativa, praticamente impossível. O mais importante aqui é uma combinação adequada de conhecimentos normativos (regras e princípios) com o desenvolvimento de habilidades metodológicas orientadas para a resolução de problemas jurídicos (teoria da argumentação jurídica). Essas seriam as principais características de contraste que indicariam a transição do modelo positivista para um modelo jurídico pós-positivista. Algumas dessas colocações anteriores parecem denotar que, ao longo do aperfeiçoamento e desenvolvimento teórico do próprio positivismo, este avançou tanto que se destacou das suas teses mais básicas criando uma nova perspectiva de se conhecer e compreender o direito.

Albert Calsamiglia, por outro lado, explica e adverte que, antes de se pensar em uma superação do positivismo, se deve entender a expressão pós-positivismo como indicativa de um importante deslocamento de agenda de problemas jurídicos atuais que interessam e, também, um afastamento de algumas das principais teses defendidas pelos positivistas, ou seja, a tese dos limites do direito e o problema da

¹⁵⁹ REGLA, Josep Aguiló. Positivism y postpositivismo..., p.675.

conexão entre direito e moral.¹⁶⁰ Para o autor, o pós-positivismo muda a agenda de problemas no sentido de que dá especial atenção à indeterminação do direito, isto é, o interesse se desloca dos casos claros para os chamados casos difíceis (É oportuno lembrar que Hart, em sua visão positivista, tem consciência e se preocupa com a indeterminação do direito quando, entre outras coisas, se refere às chamadas zonas de penumbra. No entanto, para Hart, conforme já afirmado alhures, estas zonas constituem exceção dentro do sistema jurídico. É apenas excepcionalmente que o juiz estaria autorizado a atuar como um legislador intersticial). Além do mais, e como consequência do que foi afirmado anteriormente, Calsamiglia acredita que a perspectiva pós-positivista tenha deslocado o centro de atenção da análise jurídica, do legislador para a adjudicação. Para o autor, a teoria positivista é incompleta também porque não oferece ferramentas adequadas para a teoria da adjudicação.

É possível, assim, afirmar que o pós-positivismo questiona a tese das fontes sociais do direito, a tese da conexão entre direito e moral (se esta conexão é apenas contingente) e a existência ou não de espaços de discricionariedade na tomada de decisão judicial. Todas essas teses se encontram entrelaçadas, mas, sem dúvida, a mais polêmica e fundamental, no sentido de que se for superada faz com que o positivismo jurídico perca a sua identidade, é, exatamente, a tese das relações entre o direito e a moral, que para os positivistas consiste na tese da separação conceitual entre ambos.

Corroborando a ideia da ultrapassagem do paradigma positivista do direito, abordar-se-á inicialmente a visão de Robert Alexy, para quem há uma conexão necessária e conceitual entre a moral e o direito. Para o autor, em uma concepção não positivista do direito, o conceito de direito deve ser definido de maneira a conter elementos morais.

Reitere-se, mais uma vez, que para o conceito positivista de direito, dois elementos são essenciais à sua definição: o elemento da legalidade conforme o ordenamento (legalidade dotada de autoridade) e o elemento da eficácia social. Assim, o direito é dependente exclusivamente do que é estabelecido ou eficaz. Já,

¹⁶⁰ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v.21, n.1, p.210, 1998.

as teorias não positivistas, segundo Alexy, não excluem em momento algum, do conceito de direito, os elementos de legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, mas, por outro lado, acabam por acrescentar a este também elementos morais, ou seja, a correção material de seu conteúdo.¹⁶¹ Para Robert Alexy, conforme se detalhará, todo sistema jurídico carrega em si uma pretensão de correção ou de justiça, sem a qual ele não pode ser identificado como jurídico. Este fato é que caracterizará a relação conceitual e necessária entre a moral e o direito.

3.1 RELAÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE O DIREITO E A MORAL EM ROBERT ALEXY

Observe-se de início que para Alexy os princípios podem ser axiologicamente neutros e nesse sentido a tese da vinculação conceitual e necessária entre o direito e a moral se daria, na realidade, pela ideia de correção material. Toda a norma ou sistema jurídico possui, necessariamente, uma pretensão de correção, que é, em última análise, uma pretensão de justiça.

Robert Alexy¹⁶², conforme já assinalado, é um dos principais autores que supõe existir uma conexão necessária e, portanto, conceitual entre o direito e a moral, e neste senso, entende que o positivismo jurídico falha como teoria geral, ao não reconhecê-la. Para o autor, tanto a tese da vinculação quanto a tese da separação entre direito e moral nos dizem como deve ser definido o conceito de direito, e os argumentos que podem aduzir-se em favor de ambas é dividido em três categorias: argumentos analíticos, empíricos e normativos.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.5.

¹⁶² ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y moral**: ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003.

Alexy introduz, na noção de conceito de direito, o elemento da correção material do seu conteúdo, o que corrobora para a tese da vinculação necessária entre a moral e o direito. O argumento analítico mais importante que reforça a tese positivista é justamente o de que o direito deve ser definido com a exclusão de elementos morais. Os não positivistas, de outra parte, não se encontram vinculados por argumentos de índole analítica. Assim, para Alexy, a tese da separação ou da vinculação está sustentada por um argumento normativo.

Dessa maneira, tanto a tese da separação quanto a tese da vinculação são sustentadas como normativamente necessárias. Nesse sentido, é normativo o argumento de que apenas a tese da separação pode conduzir a uma clareza linguístico-conceitual ou à segurança jurídica, enquanto também é normativo o argumento de que só a tese da vinculação teria condições de estabelecer a melhor resposta em termos de solução para os problemas da lei injusta.¹⁶³

Para sustentar-se que existe uma conexão conceitualmente necessária, assim como normativamente necessária, entre o direito e a moral, o autor estabelece um marco conceitual que consiste em quatro distinções e as possibilidades de combinações entre elas:

- 1) uma distinção entre conceito de direito isentos de validade e conceitos de direito não isentos de validade (nesse sentido, implica incluir no conceito de validade o contexto de aplicação, promulgação e imposição do direito);
- 2) entre sistemas jurídicos como normas (produto de procedimentos de criação de normas – aspecto externo) e sistemas jurídicos como procedimentos (produto de ações baseado em regras que estabelecem a promulgação, aplicação e interpretação das normas – perspectiva interna do sistema);
- 3) entre a perspectiva do observador (que não se questiona sobre a decisão correta, mas sim, de como se decide no sistema) e a perspectiva do participante (aquele que participa da argumentação acerca do que está ordenado, proibido, permitido ou autorizado no sistema – é especialmente o ponto de vista do juiz);

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**.

- 4) entre conexões classificadoras (quando as normas que não atendem a critérios morais deixam de ser válidas) e conexões qualificadoras (quando as normas que não atendem a critérios morais não perdem sua validade, mas passam a ser juridicamente defeituosas) e, finalmente, a diferença entre contexto conceitualmente necessário e contexto normativamente necessário.

A combinação entre essas afirmações pode levar, segundo o autor, a 32 combinações diferentes. Para cada uma delas é possível estabelecer tanto afirmações contrárias à conexão entre direito e moral quanto afirmações favoráveis a esta conexão. Portanto, ter-se-ia a possibilidade do conhecimento de cerca de 64 teses diferentes.

Isso posto, o autor simplifica a pluralidade de teses possíveis demarcando que parte de um conceito de direito que inclui o conceito de validade e coloca em primeiro plano a distinção existente entre a perspectiva do observador e a perspectiva do participante. Esse é o marco conceitual utilizado por Alexy para explicar a existência de relações necessárias entre a moral e o direito.

a) Na perspectiva do observador:

Para Alexy, na perspectiva do observador, o problema do positivismo jurídico é discutido como um problema de conexão classificadora entre o direito e a moral. Se se pretende afirmar que o caráter jurídico da norma ou do sistema jurídico se perde quando se ultrapassa o limiar da injustiça, estar-se-á diante do chamado *argumento da injustiça*, ou seja, a tese da vinculação necessária entre a moral e o direito relacionada a uma conexão classificadora. Deve-se, então, segundo Alexy, indagar se essa afirmação é correta partindo-se da perspectiva do observador e, neste ponto, será necessário diferenciar entre normas individuais de um sistema e o sistema jurídico em sua totalidade. Alexy entende que a versão mais conhecida do argumento da injustiça vinculado a normas individuais é a de Gustav Radbruch.

A chamada fórmula Radbruch consiste basicamente em afirmar que o direito positivo tem prioridade, ainda que o seu conteúdo seja injusto ou não atenda a uma determinada finalidade, a menos que a contradição entre o direito e a justiça atinja um grau de insustentabilidade tal que faça com que a lei deva dar lugar à justiça. Tal colocação assinalaria a mudança de pensamento em Radbruch (até então considerado um defensor do positivismo baseado na ideia forte de segurança jurídica) após o desastre produzido pelo nazismo alemão na Segunda Guerra Mundial. Uma lei com um grau insustentável de violação à justiça e ao bem comum deve ter o seu

caráter jurídico negado. Entre outros, em artigo publicado em 1946, intitulado "*Leis que não são direito e direitos acima das leis*", Radbruch da mostra de sua mudança de pensamento. Nas suas palavras,

Claro es que, aun sin consideración de su contenido, toda ley positiva lleva ya consigo un cierto valor: porque siempre será mejor que la total ausencia de leyes, al dar lugar al menos a la seguridad jurídica. Pero La seguridad jurídica no es el único, ni siquiera el valor decisivo que tiene que realizar el Derecho. Al lado de la seguridad jurídica hay otros dos valores, que son el de la utilidad y el de la justicia. La jerarquía de estos valores señala el último puesto para la utilidad con respecto al bien común. [...] Cuando hay un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, entre una ley que falla en su contenido, pero que es positiva, y un Derecho justo, pero que no ha adquirido la consistencia de una ley, estamos en realidad ante un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre la justicia aparente y la verdadera. [...] Podría resolverse el conflicto entre la justicia e la seguridad jurídica atribuyendo la preferencia al Derecho positivo, que tiene la firmeza que le confieren su promulgación y la fuerza coactiva, y esto aun el caso de que fuera injusto o perjudicial, o bien, en el caso de la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance un grado insoportable, cediendo la ley, en cuanto "Derecho defectuoso", ante la justicia.¹⁶⁴

Gustav Radbruch entende que quando a formulação do direito positivo deixa de lado, conscientemente, a igualdade, que constitui, para ele, o núcleo da ideia de justiça, aí então se estará diante não apenas de um direito defeituoso, mas da total ausência do direito.

Otfried Höffe bem assinala que a fórmula Radbruch indica critérios de justiça que são por ele extraídos da tradição dos direitos do homem e, especialmente, do princípio da igualdade.¹⁶⁵ O direito deve ser, para Radbruch, uma ordem estabelecida no sentido de realizar a justiça. Gustav Radbruch conclui o texto acima afirmando que não adere à ideia de que o formalismo jurídico se presta a obscurecer a clareza dos fatos. Antes, deve-se reconhecer que o nazismo apoiou-se também no desprezo à segurança jurídica para implementar uma pretensa ordem injusta. Assim sendo, é necessário apoiar-se nas considerações jurídicas formais para proteger-se contra as tentações que facilmente podem surgir no ânimo de qualquer um que tenha sofrido

¹⁶⁴ RADBRUCH, Gustav. *Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*. In: RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Tradução e introdução de José Maria Rodríguez Paniagua. Madrid: Aguilar, 1971. p.13-14.

¹⁶⁵ ÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Ernildo Stein. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.105.

ameaças e opressão. A segurança jurídica é um aspecto da justiça sendo necessário satisfazer ambas as ideias na medida do possível.¹⁶⁶

Corroborando e esclarecendo melhor o pensamento de Radbruch, pode-se citar Öffe,

Com a indicação de que tais princípios são imanentes a todos os sistemas jurídicos, podia-se pensar que é rompido o princípio positivista do direito (Dreier, 892 s., com relação à Dworkin e Alexy). Mas esta conclusão não é obrigatória. Pois Radbruch não recorre a princípios da justiça, na medida em que são apenas representados por filósofos, teólogos ou críticos intelectuais, em suma, na medida em que fazer parte da ética do direito e do estado. Ele apenas apela aos princípios da justiça, na medida em que estes já se sedimentaram nas convicções jurídicas dos companheiros e das comunidades do direito; ele se refere a princípios positivos da justiça, não suprapositivos, a princípios em vigor e não apenas válidos.¹⁶⁷

Existem controvérsias doutrinárias com relação ao fato de se realmente houve ou não, por parte de Radbruch, uma mudança de posicionamento no sentido de assumir perante o positivismo jurídico uma postura crítica, passando a aceitar a conexão conceitual entre o direito e a moral. Ainda se discute se Radbruch teria passado por uma mudança radical do positivismo ao jusnaturalismo, ou se as transformações ocorridas em sua teoria demonstrariam apenas um desenvolvimento sem rupturas. Para Arthur Kaufmann¹⁶⁸, discípulo de Radbruch na Universidade de Heidelberg, o posicionamento de Gustav Radbruch constitui-se em uma terceira via no enfrentamento entre o direito natural e o positivismo jurídico. Em Radbruch não existe a justiça absoluta e metafísica do jusnaturalismo, mas tampouco isso implica aceitar o "direito reprovável". Para ele, só há um direito correto aproximadamente (é possível apenas reconhecer-se o direito não correto). O conceito de direito estabelecido por ele é um conceito cultural, uma realidade referida a valores. O direito é uma realidade que tem sentido ao estar a serviço da justiça. Para Kaufmann, o que

¹⁶⁶ RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes. *Op. Cit.*, p.21.

¹⁶⁷ ÖFFE, Otfried. **Justiça política...**, p.105.

¹⁶⁸ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**, p.94.

realmente ocorre é que Radbruch, após a Segunda Guerra, no seu conceito de direito, passa a dar mais ênfase à justiça material do que propriamente à segurança jurídica.¹⁶⁹

Para Alexy, o argumento da injustiça estabelecido por Radbruch só se justifica a partir da perspectiva interna ou do participante, não se sustentando na perspectiva do observador, que contempla as normas individuais, visto que nessa prisma não se faz necessária a inclusão de elementos morais, e assim sendo, nesta orientação, as considerações de cunho analítico e normativo à tese positivista da separação são corretas.

No entanto, é preciso analisar, também, se em relação à totalidade do sistema jurídico é possível existir uma relação conceitual necessária entre o direito e a moral, visto que o que vale para a norma individual pode não se aplicar necessariamente a todo o sistema. Mais uma vez, na perspectiva do observador, é possível encontrar-se dois tipos de exigências morais que apontam para uma relação necessária com o sistema jurídico: a exigência do tipo formal e a exigência do tipo material. A relação necessária entre critérios morais formais e o sistema jurídico é a teoria da moral interna do direito de Lon Fuller e a relação necessária entre critérios materiais e o sistema é, segundo Alexy, expressada quando Otfried Öffe assevera a necessidade de que, para que os ordenamentos jurídicos sejam assim considerados, devam obedecer a determinados critérios fundamentais de justiça (princípio da vantagem distributiva e o da segurança coletiva). Alexy conclui que um sistema jurídico, para ser considerado jurídico, necessitará, no mínimo, que formule uma pretensão à correção e, assim, esta será um elemento necessário ao conceito do próprio direito e, nesse sentido, esta pretensão possui uma importância classificadora.¹⁷⁰

b) Na perspectiva do participante:

Partindo-se, no entanto, da perspectiva do participante, a tese da separação entre direito e moral torna-se incorreta, e a tese da vinculação passa a ser justificada; assim, a fundamentação necessária para se sustentar a tese não positivista da vinculação entre o direito e a moral baseia-se em três principais argumentos: *o argumento da injustiça, o argumento dos princípios e o argumento da correção.*

¹⁶⁹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**, p.97.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p.38-42.

Para o autor, o chamado *argumento da correção* constitui a base do argumento da injustiça e do argumento dos princípios, sendo, portanto, de fundamental importância. O argumento positivista contrário à pretensão de correção é que o direito não se encontra absolutamente vinculado a esta pretensão. Para Alexy, pelo argumento da correção material, tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos propriamente ditos formulam necessariamente uma pretensão de correção. Assim, sistemas jurídicos que não formulam uma pretensão de correção não são sistemas jurídicos (conexão classificadora) e os sistemas jurídicos que a formulam, mas não a satisfazem, são defeituosos (conexão qualificadora). Quanto às normas e decisões judiciais individuais, quando não formulam ou não satisfazem uma pretensão de correção serão juridicamente defeituosas (conexão exclusivamente qualificadora).¹⁷¹

Nos processos de criação e aplicação do direito os participantes, necessariamente, têm uma pretensão de correção que é também uma pretensão de correção moral (que quando não é atendida implica uma contradição performativa). Nesse sentido para o autor, tanto o direito quanto os participantes do discurso jurídico formulam uma pretensão de correção que possui implicações com a moral e, assim, não se pode deixar de considerar que haveria uma conexão necessária entre a moral e o direito.¹⁷²

Em relação ao *argumento da injustiça*, este argumento visa combater a objeção positivista de que o argumento da correção visaria apenas a uma conexão qualificadora e não classificadora, o que não prejudicaria a tese da separação entre direito e moral. Alexy retoma a fórmula de Radbruch, rejeitada do ponto de vista do observador, conforme já visto, e aceitável do ponto de vista do participante, e combate uma série de argumentos contra ela estabelecida. A saber, o argumento linguístico, o argumento da clareza, o da efetividade, o da segurança jurídica, o do relativismo, o da democracia, o da inutilidade e o da honestidade, em sua maioria formulados por Hart e Hoerster. Alexy adere à tese da vinculação fraca entre o direito e a moral, no sentido de que não é qualquer injustiça, mas apenas os casos de extrema injustiça é que desclassificariam o caráter de direito do próprio direito. Assim, rebate cada um dos argumentos apresentados estabelecendo, sob seu ponto de vista, melhores

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p.43.

¹⁷² *Ibid.*, p.47.

razões para se acatar o conceito não positivista do direito e, portanto, a tese de que diante de injustiça extrema, por ausência da pretensão de correção, não se pode reconhecer caráter jurídico a tal dispositivo.

O *argumento dos princípios*¹⁷³ parte de um ponto de vista unânime entre positivistas e não positivistas, a textura aberta do direito (os casos difíceis) e a possibilidade de contradições entre as normas devido à vagueza da linguagem jurídica, à falta de normas que determinem decisões e à possibilidade de se decidir até mesmo contra o enunciado de uma norma em determinados casos. Como já se salientou em outro momento, para os positivistas, diante da textura aberta, o juiz decide o caso com base em argumentos extrajurídicos, criando, em espaço de discricionariedade, o direito. Para os não positivistas, o juiz, em face dos casos difíceis, não cria o direito, mas antes decide com base em argumentos de princípios que passam a fazer parte do próprio direito. Assim, a base dos argumentos de princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. As regras perseguem uma consequência jurídica definitiva, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, sendo mandamentos definitivos e tendo como forma característica de aplicação a subsunção. Já os princípios são mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na máxima medida possível em face das possibilidades reais e jurídicas. A possibilidade jurídica de realização de um princípio não é apenas determinada por regras, mas essencialmente por princípios opostos, o que implica que a ponderação seja a forma característica de aplicação dos princípios.¹⁷⁴ Para Alexy (que parte da ideia de que este tipo de vinculação é apenas qualificadora, e não classificadora, como o argumento da injustiça, aplicando-se apenas na perspectivado

¹⁷³ Cabe lembrar aqui, que o argumento de princípios é um dos principais argumentos utilizados por Ronald Dworkin quando se propõe a criticar o positivismo jurídico. Perceba-se que a compreensão Dworkiniana compreende o Direito como um sistema normativo composto por regras, princípios e diretrizes (políticas). Os princípios, por sua vez, são referências valorativas de correção do Direito e portanto implicam a noção da não separação entre o direito e a moral. Nos casos difíceis, que deixam de ser a exceção em tempos contemporâneos de complexidade da vida e do próprio Direito, o juiz decide tomando-se em consideração os princípios como razões que inclinam para uma ou outra direção e que orientam as razões do juiz quando do processo de tomada de decisões judiciais. Este processo, como se sabe, acaba implicando a ideia do Direito como Integridade.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p.85.

participante), a comprovação de que há uma vinculação necessária entre o direito e a moral, com base no argumento de princípios, se dá por meio de três teses: a tese da incorporação, a tese moral e a tese da correção.

A tese da incorporação entende que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém princípios. Tal constatação se apoia no fato de que o juiz realize uma ponderação, visto que esta é necessária justamente quando existem razões opostas que são princípios ou se apoiam em princípios. A decisão com base em princípios se apoia em uma pretensão jurídica de correção e não meramente em uma pretensão moral de correção. Para a perspectiva do participante, o direito não é apenas um sistema de normas, mas também um sistema de procedimentos e as razões adotadas pelo participante na tomada de decisão, por meio da ponderação, fazem parte deste procedimento e também integram o sistema jurídico.

A tese da moral é desenvolvida por Alexy no seguinte sentido. Argumenta o autor que o fato de se afirmar que todos os sistemas jurídicos do tipo democrático incorporam princípios fundamentais da moderna moral do direito e do Estado, não fundamenta, para os positivistas, qualquer vinculação necessária entre o direito e a moral, visto que eles podem argumentar que esta incorporação de princípios baseia-se justamente no direito positivo (lembre-se aqui da teoria do positivismo exclusivo defendida por Joseph Raz e já abordada neste trabalho). Para refutar tal afirmação, é necessário diferenciar entre duas versões da tese da conexão necessária entre o direito e a moral: primeiro uma versão fraca que afirma a conexão entre o direito e qualquer moral e, em segundo lugar, a versão forte que afirma a conexão necessária entre o direito e a moral correta. Alexy defende, nesse momento, uma versão fraca da tese da conexão e, portanto, a presença necessária de princípios no sistema conduz a uma vinculação fraca entre o direito e a moral.

Assim, a tese da moral se estabelece por meio de uma versão fraca e se aplica quando "entre os princípios a serem considerados em casos duvidosos para satisfazer à pretensão de correção, encontram-se sempre aqueles que integram uma moral qualquer."¹⁷⁵ Essa moral qualquer pode ser correta ou errada (v.g. princípio da segregação racial).

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p.91.

No entanto, a tese da correção advém para afirmar que a tese da vinculação necessária entre o direito e a moral não se dá em relação a uma moral qualquer, mas sim em relação à moral correta e fundamentada, isso aplicado especialmente na perspectiva do participante. Essa tese aplica o argumento da correção na dimensão do argumento de princípios. A pretensão de correção material nas decisões judiciais inclui uma pretensão de correção moral e, ainda, toda pretensão de correção, inclui, necessariamente, uma pretensão de fundamentabilidade.

Nesse senso, a pretensão de correção também implica uma pretensão de justificação e esta permite uma perspectiva crítica. A moral fundamentada não é vazia, pois sua associação com o direito significa que dele fazem parte não apenas as regras de fundamentação jurídica, mas também as regras de argumentação moral. A pretensão de justificação cria a possibilidade de que as decisões judiciais apresentem melhores contra-argumentos que podem mudar na prática da justificação para o futuro. Os níveis de justificação podem se aperfeiçoar com o desenvolvimento dos sistemas jurídicos. A moral correta é também um objetivo a ser alcançado e, nessa medida, a pretensão de correção leva a uma dimensão ideal vinculada ao direito. Assim argumenta Alexy,

A tese da correção não apresenta dificuldades quando os princípios do direito positivo têm um conteúdo que, moralmente, é exigido ou, ao menos admitido. Como exemplos podem servir os seis princípios básicos da Lei Fundamental, ou seja, os princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do Estado de direito, da democracia e do Estado social. Como mandamentos de otimização, esses princípios exigem a sua mais ampla realização possível. Juntos exigem a realização aproximativa de um ideal jurídico, qual seja, o ideal do Estado de Direito Democrático e Social. Sendo esses princípios, ou seus inúmeros subprincípios, pertinentes em um caso duvidoso, o juiz estará juridicamente obrigado a proceder a uma otimização relacionada ao caso concreto. Trata-se, aqui, de dar uma resposta uma questão jurídica, que, por seu conteúdo, também é uma questão de moral política. Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto ao seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Disso resulta que a pretensão à correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral. Nesse sentido, nos sistemas jurídicos cujos princípios jurídico-positivos possuem um conteúdo moralmente exigido ou ao menos admissível, existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta.¹⁷⁶

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p.94.

É necessário sublinhar mais uma vez que, a teoria da pretensão sustenta que tanto normas individuais e decisões judiciais quanto o próprio sistema jurídico, possuem sempre uma pretensão de correção. Os sistemas jurídicos que não possuem essa pretensão, ao menos implicitamente, não são sistemas jurídicos (caráter classificatório). Em contrapartida, os sistemas jurídicos que possuem tal pretensão de correção, mas que não a satisfazem, são juridicamente defeituosos (caráter qualificatório). No caso de normas individuais ou decisões que não possuem ou não satisfazem uma pretensão de correção, estas serão defeituosas. Assim, para Alexy, a pretensão à correção desempenha um papel exclusivamente qualificativo no que toca às normas individuais e decisões judiciais. O fato de que uma decisão judicial não esteja justificada por completo, ou esteja justificada com padrões irracionais ou mal justificada não tira desta decisão o caráter de decisão judicial.¹⁷⁷

Alexy conclui que fora do âmbito do argumento da injustiça e, portanto, antes de se chegar a uma injustiça extrema, somente a pretensão à correção, e não apenas o seu cumprimento, é capaz de instituir uma ligação necessária entre o direito e a moral correta. Essa conexão embora necessária, não é, no entanto, uma conexão classificadora, mas qualificadora (ou flexível) já que, conforme se viu anteriormente, o argumento da injustiça não se sustenta sob um tese forte; assim, antes do limiar da injustiça extrema, uma violação da moral correta acarreta a imperfeição ou o defeito jurídico, mas não a perda da qualidade jurídica.

Atienza bem observa que, para Alexy, o direito atual contém uma dimensão ideal que o conecta, necessariamente, a uma moralidade de procedimento e universalista. Essa dimensão é justamente a pretensão de correção que tanto as normas jurídicas individuais quanto o sistema jurídico como um todo propõem, necessariamente.¹⁷⁸

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral, p.128-131.

¹⁷⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p.182.

3.2 A VINCULAÇÃO ENTRE A MORAL E O DIREITO EM NEIL MacCORMICK: POR UM PRINCÍPIO DE FUNDAMENTAÇÃO MORAL LIMITADA

Partilhando da ideia de que existe uma vinculação entre direito e moral, pode-se estabelecer aqui também o pensamento de Donald Neil MacCormick, escocês (professor da universidade de Edimburgo), falecido em 2009. Para o autor, o direito e a moral são conceitualmente distintos, mas não reciprocamente independentes.

Argumentando contrariamente ao "princípio da ausência de fundamento moral", ou seja, ao princípio que estabelece que o poder do Estado (exercido por meio daqueles que detém o poder Público), nunca deve ser utilizado para implementar valores morais, MacCormick¹⁷⁹ partilha da compreensão de que, entre todos os males morais existentes, impingir intencionalmente qualquer tipo de sofrimento a outrem parece ser, sem sobra de dúvida, o pior de todos. É, portanto, uma exigência moral evidente a de que as pessoas devem abster-se de causar danos ou lesionar intencionalmente às demais pessoas.

O princípio de não causar dano é uma exigência moral universalmente aceita e legítima e a exigência jurídica de um valor fundamental, qual seja, o de proteger as pessoas por danos infligidos intencionalmente por outros (v.g. A lei penal que proíbe e pune a conduta intencionalmente lesiva). Assim, o princípio do dano implica a implementação de certas exigências morais. Nesse sentido, se o princípio do dano autoriza o Estado a fazer cumprir determinados valores morais, então este princípio constitui, poderia-se pensar, uma contradição ao princípio da ausência de fundamento moral. Ainda que se alegue que as leis autorizadas pelo princípio do dano só coincidem com valores morais, mas não fazem cumprir tais valores em virtude de que o que importa ao Estado é o potencial de nocividade da conduta lesiva e não seu caráter de imoralidade, ainda assim, é possível fazer duas objeções a este tipo de argumento: Para MacCormick, a primeira objeção diz respeito ao conceito de dano e à relação da lei penal com os demais ramos do direito. As inter-relações necessárias que se

¹⁷⁹ MacCORMICK, Neil. En contra la ausencia de fundamento moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y moral**: ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003. p.170.

produzem entre a lei penal e os demais ramos do direito mostram que a ideia de dano carrega por si mesma uma carga moral que não é absolutamente neutra. O recurso à lei penal é sempre subordinado a uma ordem legal estabelecida de direitos e deveres, tanto na esfera do direito público quanto na esfera do direito privado. Esta ordem de direitos e deveres, por sua vez, deverá fundamentar-se em alguma concepção sobre uma ordenação justa da sociedade.¹⁸⁰ A segunda se refere à natureza do castigo como instituição. Para o autor, o ato de castigar é expressivamente um ato simbólico que implica a desaprovação do ato praticado pela pessoa castigada. No caso dos castigos impostos pelo Estado, há a necessidade de uma justificação mais complexa. Os fins e atitudes do Estado são aqueles fins e atitudes oficiais que convertem em racionais os atos inter-relacionados dos funcionários do Estado. Racionais, aqui, no sentido de que servem a certo esquema de valores razoavelmente coerentes. Uma atitude de condenação expressa uma desaprovação e é de *per se* uma atitude moral. Assim, qualquer princípio que permita ao Estado recorrer ao castigo (princípio do dano) permite a implantação, por parte do Estado, de alguns valores morais.

Mas se a lei implementa efetivamente valores morais, caberia perguntar, ainda, segundo MacCormick, em que medida isso acontece; em outras palavras, a fundamentação moral é limitada? A sua resposta é necessariamente afirmativa. Os deveres de justiça, que poderiam ser exigidos coativamente por uma estrutura jurídica, constituem apenas uma parte limitada daquilo que se entende por deveres morais. A função do direito se refere apenas a esta esfera moral restrita e não a toda a moralidade.

Na opinião de MacCormick, deve existir um princípio de fundamentação moral limitada por respeito à própria autonomia das pessoas. As exigências de moralidade que podem ser "impostas" são apenas aquelas exigências de respeito à pessoa como agente moral autônomo, no que concernem a outras. Nas palavras do autor,

Hay un contraste en relación con los deberes de respeto a los demás. En lo que concierne a la persona que actúa, el valor de su autonomía y propio respeto se deprecia hasta el punto de que alguien lo obliga a actuar como debería en vez de permitirle que elija libremente la conducta correcta. Pero, puesto que estamos contemplando un deber que concierne a otro, hay otro interés moral en juego: que las oportunidades de propio respeto de

¹⁸⁰ MacCORMICK, Neil. En contra la ausencia de fundamento moral, p.173.

*outra persnona em tanto que agente moral autónomo se vean amenazadas por la posible quiebra del deber por parte de la primera. Las mismas consideraciones que nos prohíben obligar a alguien a someterse a las exigencias de su respeto de si mismo nos exigen intervenir cuando las condiciones del próprio respeto de una persona son puestas en peligro a causa de la actuación irrespetuosa de outra persona hacia la primera.*¹⁸¹

Conclui o autor que os Poderes do Estado não só podem como devem ser exercidos para implementar exigências morais, mas apenas aquelas que se constituem em deveres de respeito à pessoa no que concerne aos demais, a fim de assegurar a todos condições de respeito próprio como seres autônomos. Isso exigirá uma intervenção positiva do Estado, por meio de medidas para o bem-estar geral e a educação.

A coesão social e a solidariedade de uma comunidade complexa exigem uma certa moralidade comum. O consenso ideal se referiria ao caráter de desaprovação dos atos que invadem o respeito dos demais a si mesmo e também à sua segurança física, ou que prejudiquem as Instituições Públicas necessárias para assegurar estas mesmas condições de respeito à pessoas.

Perceba-se que MacCormick é, portanto, contrário à ausência de fundamento moral no direito, pelos argumentos acima expostos. Assim sendo, a ideia de neutralidade do direito não é por ele compartilhada. O direito se vincula necessariamente a uma moral, ainda que em um sentido limitado.

3.3 A VINCULAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE A MORAL E O DIREITO EM DWORKIN

A compreensão de Dworkin será retomada neste tópico apenas de maneira sintética e geral visto que a ela já se fez menção e destaque em pontos anteriores, principalmente em função da explicação da controvérsia Hart-Dworkin, que acaba por originar o questionamento da ultrapassagem da perspectiva positivista de se compreender o direito. Esta, conforme afirmado, entende o direito como um sistema

¹⁸¹ MacCORMICK, Neil. En contra la ausencia de fundamento moral, p.179.

autossuficiente de regras que regula suas situações de aplicação com alto grau de determinação deixando escapar a sua estrutura principiológica.¹⁸²

Conforme já exaustivamente abordado pela doutrina, Dworkin diferencia princípios e regras como espécies do gênero norma jurídica. Quando trata, o autor, da compreensão de princípios, especialmente para diferenciá-los de outros padrões como as diretrizes políticas (*policies*), estabelece que estes prescrevem direitos e por isso contêm exigências de equidade, justiça e devido processo legal, ou qualquer outra dimensão da moralidade, ou seja, os argumentos de princípios são trunfos que prevalecem, por exemplo, se contrastados aos argumentos de política. E, se os argumentos de princípios prevalecem em relação aos argumentos de políticas, é justamente porque estabelecem direitos individuais.

Em função do reconhecimento da normatividade dos princípios se explica a inexistência de espaços de discricionariedade, ao contrário do alegado pelos positivistas, visto que na insuficiência das regras e ante o direito de todo e qualquer cidadão de ver sua questão controvertida chegar a um deslinde, sempre existirá um princípio, ainda que não positivado, para orientar a decisão que se baseará em um direito não originalmente criado pelo juiz, mas desvelado por ele na aplicação mesma do princípio. Os argumentos de princípios remetem aos conteúdos morais dos direitos fundamentais.

Para o autor, sempre haverá um direito a uma resposta, e a uma resposta correta que será aquela que se define por meio da integridade e não por livre escolha ou decisão do juiz. Explica Carvalho Netto que a afirmação de Dworkin para a existência de uma única resposta correta para o caso em questão se coloca em função da unicidade e irrepetibilidade que caracteriza cada caso como único. Portanto, só mediante o caso concreto é que será possível discernir a pretensão abusiva daquela pretensão correta levantadas com base naquele caso.¹⁸³ Note-se que a única resposta correta autorizada pelo ordenamento não é exatamente um mandamento inscrito nas normas gerais e abstratas, mas uma postura assumida pelo aplicador

¹⁸² CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito...**, p.59.

¹⁸³ *Ibid.*, p.33.

em face dos *hard cases*.¹⁸⁴ Para melhor estruturar esse tipo de compreensão, Dworkin recorrerá a determinadas metáforas como à do juiz Hércules, do romance em cadeia e à da comunidade de princípios.

É importante ressaltar que Dworkin possui uma compreensão mais ampla do direito, que não se reduz a considerá-lo como uma simples questão de fato, mas que o entende como produto de uma prática interpretativa da comunidade, o melhor produto da interpretação construtiva que pode resultar desta prática. Para o autor, o centro do direito é a controvérsia e o debate (visto que um ordenamento principiológico implica que sua composição se estruture na tensão produtiva e também constitutiva entre princípios opostos) e, nessa perspectiva, ele só pode ser efetivamente apreendido por meio de uma interpretação construtiva. Não se pode esquecer que para Dworkin, princípios são normas abertas que não buscam controlar previamente a sua própria aplicação, porém são passíveis de ser densificados nas situações concretas de aplicação em função da irrepetibilidade e unicidade de cada caso.

Nesse sentido e, conforme já observado, para Dworkin, a finalidade do direito também determina a possibilidade da sua compreensão e, para o autor, o direito não existe apenas para prover certeza e previsibilidade, mas antes, para preservar e desenvolver integridade e coerência. Assim, a finalidade do direito é promover um governo de princípios e, portanto, o direito só pode ser apreendido na medida em que possui um caráter substantivo e marcadamente vinculado à moral.

Nessa esteira, é possível afirmar que a concepção interpretativa do direito, formulada por Dworkin, e a sua compreensão quanto à ideia de princípios levam ao entendimento de que, na sua visão, não é possível o direito ser compreendido adequadamente se não se toma em consideração que este possui uma ligação necessária com a moral. A teoria de Dworkin supõe, portanto, uma vinculação conceitual entre o direito e a moral. Mesmo porque, conforme se destacou, a compreensão e o conceito de direito devem tomar em consideração também a sua finalidade. E, se para Dworkin a finalidade do direito é construir a melhor justificativa do conjunto das práticas jurídicas estabelecidas em uma comunidade de princípios, tornando-o o mais íntegro possível, esta percepção não o afasta de uma vinculação necessária para com a moral daquela comunidade.

¹⁸⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito...**, p.61.

CAPÍTULO 4

DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO, A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO POR MEIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

1 CONSTITUCIONALISMO(S)?

Como se sabe, constitucionalismo é termo com sentido polissêmico, o que dificulta em muito a possibilidade de se chegar a uma definição precisa do que a palavra constitucionalismo carrega como significado. Portanto, é possível apenas, de uma maneira aproximativa, fazer aqui um exercício de generalização no sentido de considerar o constitucionalismo como teoria ou movimento doutrinário que estabeleceu a necessidade e garantiu a existência de limites jurídicos ao exercício do poder político, e, conseqüentemente, estruturas de garantia da liberdade por meio de técnicas e mecanismos de limitação do poder. Maurizio Fioravanti esclarece:

El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de La mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía. Obviamente, es cierto que no se puede sostener que el poder soberano que Hobbes y Rousseau habían situado en el centro de la constitución de los modernos fuese por ellos configurado como un poder arbitrario. Al contrario, era entendido por ellos como un poder llamado por los mismos individuos – a través del pacto social – a instituir una ley cierta, a través de la cual fuese posible estabilizar la vida y las posesiones de esos mismo individuos y, entonces, crear las condiciones para que pudiesen comenzar a tomar forma los derechos individuales.¹⁸⁵

Portanto, o espaço da Constituição é, justamente, aquele em que ocorre a distinção entre poder absoluto ou arbitrário e poder moderado, ou seja, o espaço da Constituição, no constitucionalismo moderno, é o espaço do poder moderado e do governo limitado.

¹⁸⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007. p.86.

Sem dúvida, foi com John Locke e a sua original noção da separação e limitação de poderes que essa distinção tornou-se mais clara e essencial. O poder absoluto se estabelece quando um único sujeito detém o poder Legislativo e Executivo, já o poder moderado implica que se possa distinguir não apenas a função executiva da legislativa, mas também que estas estejam atribuídas sempre a sujeitos distintos. A ideia da separação de poderes é a marca do constitucionalismo, e é no espaço da Constituição que se encontra a possibilidade de construir uma relação equilibrada entre Legislativo e Executivo, de modo que o poder não ameace o direito dos indivíduos. O constitucionalismo se inicia, assim, em oposição à soberania, ou melhor, às formas absolutas de poder.¹⁸⁶

Com a eclosão das revoluções liberais do fim do século XVIII, no entanto, (especialmente a francesa), o constitucionalismo passa por um momento decisivo de mudança em função do surgimento do conceito de "Poder Constituinte" e também de "governo representativo", que acaba pondo em discussão a relação entre a tradição constitucionalista de soberania limitada e a ideia de soberania popular. O Poder Constituinte implicará a expressão de uma soberania com que o sujeito coletivo pretenderá não manter, mas ao contrário, reconstruir uma nova forma política, o que foi sempre temido pelo constitucionalismo (conforme já assinalado, o constitucionalismo se estabeleceu, de início, não para romper com as estruturas políticas da época, mas para assegurar a sua continuidade por meio da ideia de governo misto e limitado). Nas palavras de Fioravanti,

*Pero lo realmente extraordinário de lo que estaba sucediendo era que esa misma voluntad soberana tendía a asociarse explícitamente a la constitución, a convertirse en voluntad generadora de orden, de renovada estabilidad. El poder constituyente de las revoluciones puede ser representado como el punto en el que las dos distintas y opuestas tradiciones, la de la soberania y la de la constitución, tienden a confluir, a relacionar-se.*¹⁸⁷

¹⁸⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p.94.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p.104.

O avanço desse constitucionalismo estará atrelado, conforme já se discorreu no capítulo primeiro deste trabalho, ao desenvolvimento do positivismo jurídico e de um modelo político de Estado sob o qual se desenrolou a ideologia do liberalismo, não apenas de cunho político, mas, principalmente, de cunho econômico, na instrumentalização de uma racionalidade de cunho jurídico-formal. É o que se pode nominar de Constitucionalismo liberal, expressão esta passível de críticas por aqueles que entendem ser o constitucionalismo um movimento único e unitariamente centrado na ideia de limites ao poder e garantias de espaços livres de atuação ao indivíduo, no reconhecimento de sua subjetividade jurídica.

No entanto, parece possível reconhecer a existência de várias nuances no desenvolvimento deste constitucionalismo. Assim se poderia falar em um constitucionalismo liberal, um constitucionalismo social, com características diferenciadas em relação ao anterior e em um constitucionalismo contemporâneo, que por representar um avanço tão grande na teoria constitucional e também na teoria do direito, se revela novo, ao diferir essencialmente das bases que identificavam o constitucionalismo até então. O caráter diferencial desse novo constitucionalismo, entre outros aspectos, se concentra na singularidade do fenômeno da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, promovido ante uma Constituição que se caracterizará por seu caráter principiológico, conforme se verá em item próprio.

Os próximos itens procurarão, assim, demarcar as diferenças básicas entre essas nuances a fim de clarificar não apenas por que se fala contemporaneamente em um novo constitucionalismo, mas também, do que se fala, quando se emprega tal expressão, demonstrando porque o chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo é capaz, inclusive, de se estabelecer prescindindo das bases explicativas do positivismo jurídico, suporte teórico do qual as tendências constitucionais anteriores não abriram mão. Motivo este que leva à possibilidade de se reconhecer a ultrapassagem do positivismo jurídico, ainda que no modelo mais avançado e mais desenvolvido, ou seja, o modelo hartiano, pela impossibilidade de não se reconhecer as relações necessárias e conceituais que se estabelecem entre o direito e a moral.

1.1 O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

O constitucionalismo representou um movimento cultural e também político, próprio do mundo moderno¹⁸⁸, do liberalismo e da filosofia da Ilustração. O "constitucionalismo liberal" caracterizou-se, em fins do século XVIII, pela criação de Constituições escritas cujo objetivo principal era estabelecer um equilíbrio entre Poder e Liberdade. As Constituições da época preocupavam-se em abrigar mecanismos de contenção do poder e, conseqüentemente, de garantia das liberdades que começavam a ser formalmente reconhecidas. O mecanismo de separação de poderes e as primeiras garantias de direitos individuais de liberdade, como já insistentemente reafirmado pela doutrina, determinavam o próprio conteúdo e identidade da Constituição. O artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se fez testemunha formal desse fato.

Conforme já estabelecido, a ordem jurídica das sociedades modernas do capitalismo concorrencial diferiu das ordens anteriores pelo seu projeto de exatidão, sistematicidade e calculabilidade. O direito moderno foi fruto de uma construção, legislado pelo Parlamento e interpretado pelos tribunais.¹⁸⁹ A exigência de previsibilidade inerente ao tráfego de mercadorias do sistema econômico fixa a ideia da calculabilidade e previsibilidade dos riscos e esta, a de segurança jurídica.

Embora o constitucionalismo de cunho liberal-burguês tenha se estabelecido a partir dos fins do século XVIII, as primeiras Constituições escritas da época passam, no entanto, a ser entendidas com o caráter de meras Cartas Políticas de recomendações

¹⁸⁸ Observe-se que se parte, neste trabalho, da concepção moderna de constitucionalismo deixando-se de abordar, mas não de desconhecer, que as raízes do constitucionalismo também podem ser encontradas na antiguidade e no medievo, visto que todas as fases de desenvolvimento da civilização expressam, de alguma forma, a necessidade de organizar uma ordem política. Ademais a compreensão do constitucionalismo antigo requer que ocorra justamente um distanciamento da ideia moderna de que os problemas de forma de governo se resolvem por meio de uma técnica de distribuição de competências no plano das relações entre os poderes públicos. Ao contrário, a compreensão do constitucionalismo antigo requererá a ideia de que a forma de governo implica a necessidade de unidade e equilíbrio referida indivisivelmente à sociedade e a seus poderes públicos. A forma de governo buscada pelos antigos, conforme esclarece Fioravanti, não pressupõe nenhuma soberania e menos ainda um Estado, se referindo simplesmente a um "*sistema de organización y de control de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada, construído para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir, así, un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política.*" (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p.17).

¹⁸⁹ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido...**, p.131.

e orientações, sem o devido cunho de eficácia normativa. Na realidade, é o direito privado, e não propriamente o direito público, que se desenvolve naquele contexto, com maior ênfase. É a época das grandes codificações do direito privado. O Código Napoleônico de 1804, na França, nos dá exemplo desse movimento pela busca da sistematização e exatidão, não apenas no sentido de que o valor segurança jurídica é alçado para a proteção da liberdade individual, mas também e, essencialmente, porque protege a propriedade e o patrimônio, interesses caros ao desenvolvimento do capitalismo concorrencial que se desenvolve naquele momento.

Não se pode esquecer que o capitalismo nascente em fins do século XVIII promoverá a separação entre a esfera política e a esfera econômica, típica do modelo Liberal de Estado de Direito, conforme já explicado em item próprio, o que traz a ideia de que, neste modelo de organização, o Estado se limita a garantir a segurança e a propriedade por meio de sua estrutura jurídica. Assim, o direito liberal burguês foi míope, na construção de suas normas gerais e abstratas, às diferenças concretas entre os indivíduos e os seus respectivos contextos de vida. A vida econômica, ao contrário, ficará entregue a uma dinâmica de autorregulação pelo mercado. As poucas atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado são aquelas que não despertam o interesse da iniciativa privada, por serem, à época, consideradas pouco lucrativas. Nesse senso, é o Estado que abre estradas, constrói portos etc., criando uma infraestrutura adequada ao desenvolvimento do capitalismo. A separação Estado-Economia foi obra da Escola Clássica Inglesa na construção de um modelo adequado ao desenvolvimento do capitalismo concorrencial. Essa foi a visão utópica e otimista pela qual nasceu o suporte teórico que daria base ao desenvolvimento do capitalismo, à época. A ordem jurídica e política do modelo liberal de Estado, conforme já afirmado, instrumentalizará as possibilidades deste desenvolvimento.

Nesse sentido, o desenvolvimento das grandes codificações do direito privado dará a oportunidade de se observar, inclusive, que a própria estrutura de alguns códigos acabavam por comportar disposições que não eram propriamente de caráter privado, mas, ao contrário, de caráter público. As disposições, por exemplo, que estabeleciam o modo de criação e promulgação, e o âmbito de vigência das leis, ou seja, disposições sobre o próprio direito a ser criado se encontravam contidas nos códigos privados e não nas Constituições. No sistema jurídico brasileiro, por exemplo, evidenciam esse caráter algumas disposições da Lei de Introdução ao Código Civil. Nas palavras de Capella,

[...] nos códigos, e formalmente com uma categoria infra-constitucional, achamos normas básicas da "constituição jurídica". Sem elas, algumas das normas contidas nas constituições políticas dos Estados careceriam de sentido ou teriam outro destino. Trata-se, em rigor, de normas "tecnicamente constitucionais" ainda que não estejam rodeadas das garantias processuais das normas que figuram como conteúdo das constituições políticas (e portanto podem ser modificadas mediante leis correntes).¹⁹⁰

Isso denota a singular importância e centralidade que adquiriu o Direito Privado, especialmente o Civil, em detrimento do Público, especialmente o Constitucional. O direito inerente ao Modelo Liberal de Estado, próprio do capitalismo concorrencial, entrega aos sujeitos da esfera privada a capacidade e autonomia para regular as relações travadas no âmbito particular, estabelecendo apenas um marco jurídico geral e básico, sob o qual se desenvolverão essas relações. Esse marco jurídico "público" das relações privadas preocupa-se basicamente em garantir a dimensão patrimonial e a segurança dos atos de troca.¹⁹¹ O contrato, a liberdade de contratar, as declarações de vontade, a autonomia de vontades, são expressões que passam a determinar a validade e segurança dos "negócios" jurídicos e dos deveres jurídicos correspondentes.

Importante notar que, nesse contexto, a organização dos Tribunais se faz com vistas a manter-se a neutralidade na aplicação da lei. Conforme a já consagrada expressão, os juízes passam a ser "a boca que pronuncia as palavras da lei", sem nada acrescentar ao direito legislado. Nasce aí a concepção silogística da decisão judicial, na qual a sentença passa a ser o resultado de um raciocínio lógico silogístico, garantindo-se, assim, que a função de julgar não ofereça risco para a certeza e segurança jurídicas. Como esclarece Capella,

A idéia do *silogismo judicial* supõe que a sentença seja o resultado de um raciocínio lógico de tipo silogístico cuja premissa maior, universal, esteja constituída pelo enunciado da lei; a premissa menor, particular, pelo enunciado dos fatos, do que se infere como conclusão um enunciado que aplica ao descrito na premissa menor a qualificação jurídica contida na maior.¹⁹²

¹⁹⁰ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido...**, p.136.

¹⁹¹ *Ibid.*, p.133.

¹⁹² *Ibid.*, p.143.

A função básica do magistrado é eliminar as dificuldades opostas a autorregulação do mercado. A ideologia do liberalismo instrumentaliza o direito para a consecução de seus interesses.

O constitucionalismo liberal consagra também os primeiros direitos fundamentais atribuídos ao homem, no sentido genérico, como partícipe da natureza humana. A característica dessa primeira dimensão de prerrogativas, que possuía como destinatário o homem individual, é que elas giram em torno do valor liberdade. Garante-se, por meio do império da lei, uma circunferência de livre autonomia ao indivíduo, agora na condição de sujeito de direitos. Encontram-se na esfera de livre decisão do sujeito, a escolha da religião, a manifestação do pensamento, a livre associação e, entre outras prerrogativas, a garantia da propriedade, vista como um direito natural e naturalizada como tal pelo trabalho dos pensadores contratualistas, especialmente John Locke. Ganha destaque o princípio da representação pela vontade da maioria. Os direitos de participação política começam a ser estabelecidos instrumentalizando-se a ideia de representação popular, visto que a Constituição mesma encontra sua origem em uma matriz democrática, o princípio da soberania popular, muito embora o voto seja neste contexto, ainda censitário. O *status* político ativo, na maioria das vezes, requer que o indivíduo possua uma determinada renda ou bens para se qualificar como sujeito político. Em outras palavras, votam os proprietários já que as mulheres e os trabalhadores se encontram distantes do atendimento a esta qualificação. Poder-se-ia, inclusive, afirmar que mais do que distantes do alcance destas prerrogativas, trabalhadores e mulheres eram vistos como portadores de uma capacidade deficitária ou diminuída para fins de atuação nas escolhas políticas.

Note-se, ainda, que o Poder Legislativo será aquele de maior destaque em relação aos demais. É o triunfo do império da lei, a centralidade jurídica dos códigos de direito privado, que demarcam o horizonte do mundo jurídico como tal. E desse triunfo se encontram, naquele momento, excluídos os interesses da classe trabalhadora e das mulheres no sentido de obtenção de tratamento substancialmente igualitário.

Somente na segunda metade do século XIX os trabalhadores ganham a consciência da sua condição de explorados pelo capital e de excluídos das esferas políticas de decisão. As correntes socialistas e anarquistas contribuem para a formação dessa nova consciência de realidade. O surgimento da chamada "questão social", ou seja, a exploração humana reproduzida socialmente e reproduzindo níveis alarmantes de miséria, exclusão social, e desigualdades, leva à discussão deste problema coletivo.

O capitalismo deixa de ser autenticamente concorrencial e passa a organizar-se. A primeira Grande Guerra põe um fim à época do capitalismo concorrencial e do Estado "Gendarme", à infrarrepresentação das classes trabalhadoras e à falta de direitos políticos das mulheres. As carências do mercado supostamente autorregulado se mostram por completo após a Primeira Grande Guerra Mundial.

Esses fatos essenciais, entre outros, produzem uma transformação no constitucionalismo, que se vê obrigado a readaptar-se no sentido de encontrar novos caminhos para tentar sanar algumas das patologias geradas pela própria modernidade. Esses novos rumos do constitucionalismo implicaram, especialmente no período de entre guerras, a reformulação do princípio representativo para acabar com o voto censitário e alçar, finalmente, à esfera política, no circuito da representação, uma classe (os proletários) e o sexo feminino, alargando o consenso constitucional para além da burguesia.¹⁹³

1.2 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

O Estado Liberal também enfrentará a crise de seus postulados básicos. No século XX conheceremos a transformação do modelo liberal de Estado para o modelo social de Estado. O surgimento da chamada "questão social" (a exploração humana reproduzida socialmente e elevada a extremos) e de uma nova classe, o proletariado, entre outros fatores históricos não menos importantes, contribuirão para essa transformação.

A crise do modelo Liberal de Estado e a sua transformação ou readaptação em um Modelo Social de Estado de Direito (observe-se que existiram, no entanto, vários modelos de Estado Social) marcam também a transformação nas suas estruturas políticas e jurídicas. O Estado passa a ser interventor no âmbito econômico, não somente atuando no sentido de regular o mercado, mas também atuando como agente econômico propriamente dito, inclusive, por meio da criação de empresas estatais. As ditas

¹⁹³ SANTIAGO, Carlos Ortega. El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo. **Teoría y realidad constitucional**, n.21, p.331-353, 2008.

políticas keynesianas¹⁹⁴ ganham prestígio, muito embora Keynes jamais tenha pensado em uma política propriamente estatal, mas, antes, em uma política econômica do Estado. As estruturas jurídicas se ampliam nesse modelo de Estado, para tutelar jurisdicionalmente novos interesses e necessidades, em especial, para tutelar as partes supostamente mais débeis em uma relação jurídica.

O constitucionalismo social, se é possível fazer uso desta expressão (visto que, conforme já se destacou, existem pensadores contrários a este tipo de classificação), se caracterizará, entre outro pontos, por acolher os direitos de segunda geração ou dimensão (sociais, econômicos e culturais) que se realizam por meio da atuação Estatal e que intentam a realização da igualdade material e da justiça social. Tais prerrogativas constitucionalizadas são exemplos das novas tutelas estabelecidas, agora, não apenas na defesa das liberdades negativas, mas também na defesa dos interesses coletivos e sociais objetivando a busca de uma igualdade material e concreta. As Constituições vão deixando paulatinamente para trás a roupagem baseada na trama de limites ao poder e passam a adquirir uma roupagem baseada em uma trama mais complexa, que faz com que esses documentos passem a ser prospectivos, ou seja, prescritivos mais do que descritivos, estabelecendo programas de ação, fins e tarefas a serem atingidas, não só pela justeza de interesses que carregam, mas, principalmente, porque passam a ser encaradas como comandos normativos constitucionais. Como se sabe, dão os primeiros testemunhos desta mudança paulatina, principalmente, a Constituição do México de 1917 e também a Constituição da República de Weimar, de 1919.

É importante destacar que a tendência do direito agora é não desconhecer as diferenças entre os indivíduos. Ao contrário, procura trabalhar com elas a fim de que possam, na dimensão social e econômica, ser amenizadas. Surgem, assim, as tendências à limitação da propriedade e da própria liberdade contratual (o dirigismo contratual). O interesse público passa a limitar vários aspectos do direito de propriedade, como, por exemplo, regar o seu uso e destino, o que os Textos Constitucionais

¹⁹⁴ Keynes entenderia que a crise que se alastrava, se caracterizava essencialmente por um excesso de ofertas, havia muita mercadoria para a venda mas ninguém com dinheiro para comprá-las, assim, Keynes interpretará o excesso de oferta como uma "ausência de demanda". A solução contracíclica para a crise seria a criação de uma demanda efetiva, suscitar uma demanda de bens de consumo. O Estado, abandonando seu papel economicamente limitado, deveria intervir na produção como um agente econômico, endividar-se para atuar obras públicas e com isso estimular o andamento da atividade produtiva.

reproduzem ao consagrar o princípio da função social da propriedade. Segundo Juan Ramón Capella¹⁹⁵, na fase intervencionista do Estado é interessante assinalar que desaparecem a aparência de neutralidade do direito que marcava no modelo liberal-burguês e a crença-mito na justeza do caráter geral e abstrato da lei. Em outras palavras, surge a desconfiança em relação aos postulados jurídicos do Estado Liberal de Direito para realizar as pretensões emergentes das novas funções assumidas pelo Estado.¹⁹⁶ O caráter político e a função redistributiva do direito se manifestam, em especial, no direito privado. O paradigma do Estado Social promove uma redução das autonomias individuais, à medida em que se desenvolve o papel de intervenção e regulação Estatal, para se alcançar uma sociedade mais igualitária. O constitucionalismo social estabelece abrigo a essas novas direções tomadas pelo Estado.

O período de entre Guerras, além de estabelecer uma mudança do constitucionalismo no sentido da democracia (até mesmo com previsão de mecanismos de participação popular direta), resgatou e ampliou, especialmente na Europa ocidental, uma concepção normativa de Constituição com implicações na perspectiva da rigidez constitucional e nos sistemas de controle da constitucionalidade. O constitucionalismo europeu, nesse período, passa a se aproximar bastante das tendências próprias do constitucionalismo americano. Conforme esclarece Carlos Ortega Santiago,

En este período se incorporan a las constituciones europeas sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, como la gran aportación del constitucionalismo continental al sistema de las garantías constitucionales (la Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana), basada en la creación de un órgano jurisdiccional especializado que ostenta el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, a requerimiento de una serie restringida de sujetos legitimados, y que actúa como legislador negativo con la facultad de invalidar las leyes inconstitucionales. Otra característica fundamental del constitucionalismo democrático de entreguerras que afecta, también, a la posición y a las funciones de la jurisdicción, es la reformulación de la organización territorial del poder a través de un modelo europeo específico que, aunque se llame federal, difiere de la solución americana. La necesidad de preservar este diseño lógico del reparto territorial del poder dotado, desde un punto de vista constitucional, de protección jurídica, explica la competencia propia de los tribunales constitucionales como tribunales de conflictos (lo que se pone de manifiesto en la staatsgerichtsbarkeit weimariana). Por lo demás, es evidente la trascendencia que esta configuración de la jurisdicción constitucional tuvo y sigue teniendo en el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial.¹⁹⁷

¹⁹⁵ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido...**, p.198.

¹⁹⁶ DUARTE, Écio Oro Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico, p.16.

¹⁹⁷ SANTIAGO, Carlos Ortega. El derecho constitucional en su contexto..., p.345.

Não se pode deixar de observar que essas aproximações também põem em relevo que a conquista de novos direitos e novas proteções na dimensão econômica, social e cultural contribui, no entanto, para marcar também as diferenças entre o constitucionalismo europeu desta fase, para com o constitucionalismo norte-americano, onde as políticas sociais do *New Deal*, ao invés de serem instrumentalizadas por meio da suprema Corte Americana, ao revés, são cerceadas e limitadas, na maioria das vezes, por aquela mesma Corte Suprema.

O constitucionalismo social que se desenvolverá, de maneira mais singular, no Segundo pós-Guerra, sofre, no período de entre Guerras, com Constituições positivistas ainda o suficiente para impossibilitar a condução, pela organização de governo, de políticas que instrumentalizassem de maneira adequada a situação econômica, social e política daquele momento. O caráter positivista com que eram encarados, ainda, os Textos Constitucionais, embora os mesmo já abrigassem princípios de justiça social e de democracia, não colaborou para que as Constituições da época se constituíssem em freios para o desenvolvimento e a instalação de regimes autoritários como, por exemplo, o fascismo e o nacional-socialismo.

A singular e desastrosa ocorrência da Segunda Guerra Mundial e as consequentes atrocidades estabelecidas naquele período marcam profundamente as transformações de um constitucionalismo que evolui para alocar a Constituição em uma posição de centralidade na ordem jurídica, em função de múltiplos e complexos fatores de transformação política, ideológica e econômica.

Já é consenso afirmar que desde o fim da Segunda Grande Guerra Mundial o Direito Constitucional já havia iniciado uma redefinição de seus traços característicos com vistas a se identificar com uma constelação de valores considerados fundamentais, entre eles, o respeito e a realização da pessoa humana na sua especial dignidade de ser e amar. Assim, o chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros pontos, essencialmente por incorporar valores e orientações políticas, especialmente no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.¹⁹⁸ As Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976),

¹⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n.15, jan./fev./mar. 2007.

Espanha (1978) e Brasil (1988) são exemplos dessa mudança que tem demarcado o espaço do constitucionalismo contemporâneo, com a abertura das Constituições aos valores, por meio dos princípios constitucionais, e, por conseguinte, a necessária abertura de todo o sistema jurídico. A introdução desses elementos ocorre, como se sabe, num contexto de reação aos regimes políticos marcados pela opressão, pelo autoritarismo e pela barbárie e marcados, singularmente, pelo não reconhecimento do outro, da alteridade, a ausência da solidariedade.¹⁹⁹

Assim, com o fim da Segunda Grande Guerra e, principalmente, com a perplexidade diante da exposição clara da subalternização da noção de dignidade da pessoa humana por meio das atrocidades perpetradas naquele contexto de desencanto e assombro, é que a trajetória de centralidade das Constituições começa a se tornar mais precisa. As Constiuições começam a abrigar, por meio dos mais variados princípios, os valores e as opções políticas da comunidade que elas visam reger. A noção de dignidade da pessoa humana, a crença na tarefa do direito de estabelecer não apenas as regras do jogo político, mas principalmente, de determinar que o respeito à pessoa humana, em todas as suas dimensões, aponta para o único fim com o qual o mesmo deve estar realmente comprometido. A compreensão do direito e especialmente a da Constituição se encontram vinculadas à noção de que existe uma finalidade, para além da segurança jurídica, com a qual o sistema jurídico deve estar comprometido para ser compreendido como tal, qual seja, a pretensão de justiça ou correção material, para usar a linguagem de Alexy. Disso resultará a ideia de que a própria identificação do fenômeno jurídico estará necessariamente atrelada a essa lógica. As fronteiras entre a moral e o direito tornam-se cada vez mais imprecisas perante essa concepção não apenas da Constituição, mas da totalidade. A Constituição constitui a própria comunidade de princípios e o fundamento do direito que a regula.

¹⁹⁹ A solidariedade resulta de um processo de reconhecimento do outro como realidade pessoal. Este perceber o outro, no entanto, não se dá pelos sentidos, mas pela responsabilidade por ele, pela sensibilidade. Este é o entendimento do pensador judeu lituano, Emmanuel LÉVINAS que, ao perceber a subjetividade em termos éticos, na ética compreendida como responsabilidade, entende a identidade do eu humano a partir da responsabilidade por outrem, é a alteridade (conferir: LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**: diálogos com Philippe Nemo. Lisboa: Edições 70, 1982. *Passim*).

1.3 O PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO OU NEOCONSTITUCIONALISMO: A EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PARA UMA POSIÇÃO DE CENTRALIDADE NA ÓRBITA JURÍDICA

Para falar em um novo constitucionalismo seria necessário pressupor a existência de um "velho" constitucionalismo que se desenvolveu e encontrou o seu ponto de inflexão para dar lugar a uma forma diferente ou nova maneira de se conceber a Constituição em sua relação não apenas com a ordem jurídica que ela mesma instala e legitima, mas também para com as suas relações em face da política, a economia e da própria ideia de direito subjacente na sociedade e nas suas aspirações por ética e justiça. Aqui não se tem a pretensão de traçar detalhadamente esse movimento ou evolução, mesmo porque, este foi também um processo diferente em relação aos tipos de constitucionalismo existentes, tanto em sistemas de *Common Law* como de *Civil Law*. Inclusive é possível afirmar que o constitucionalismo moderno comporta duas grandes tradições, a tradição norte-americana e a tradição europeia, e neste sentido, ao se referir ao neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, é necessário se observar que se está mais perto da tradição constitucional europeia sem, no entanto, negar-se que boa parte de sua inspiração provém da tradição norte-americana.²⁰⁰

Conforme bem observa Sanchís²⁰¹, o neoconstitucionalismo é, na realidade, resultado da convergência dessas duas grandes tradições constitucionais que se desenvolveram isoladas, a norte-americana e a europeia. Da primeira, é herdeiro da garantia jurisdicional ante uma certa desconfiança em relação ao legislador; da segunda, herda um forte conteúdo normativo que supera o necessário para uma

²⁰⁰ No mesmo sentido Alfonso Santiago "Podemos comenzar señalando que en el constitucionalismo moderno existen dos grandes tradiciones: La norteamericana y la europea. El neoconstitucionalismo pertenece principalmente a la segunda de ellas, aun cuando varios de sus principios y instituciones pueden reconocer su fuente de inspiración originaria en la tradición norteamericana. Su origen histórico más inmediato esta en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de llamada Ley Fundamental de Bonn, aunque su conceptualización y denominación son más recientes e han tenido lugar, principalmente en Italia y España". (SANTIAGO, Alfonso. Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo. *Dikaion*, Chía, Colombia, v.22, n.17, p.134, dici. 2008).

²⁰¹ SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005. p.125.

organização do poder por meio da definição das regras do jogo. Assim explica o autor por meio de uma classificação:

- a) A primeira tradição (Tradição norteamericana) é aquela que entende a Constituição justamente como regra do jogo da competência social e política, no asseguramento da autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e como agentes políticos. Essa seria a tradição originária norte-americana que postula a Constituição como categoria superior às demais normas e a sua garantia atribuída ao Poder Judiciário, considerado o mais neutro dos demais poderes, por possuir a possibilidade de se manter mais à margem do debate político. Aqui a ideia de poder constituinte implica uma ideia de limitação do poder, especialmente o Legislativo, visto que o poder constituinte fixa-lhe as formas de proceder e os limites que não podem ser ultrapassados. Sanchís reconhece que a sua apresentação desta tradição é simplista no sentido de que, mesmo ao estabelecer a estruturação das regras do jogo, a tradição norte-americana também reclama normas substantivas de proteção aos direitos fundamentais.
- b) A segunda (Tradição europeia) é aquela que entende a Constituição como encarnação de um projeto político bem articulado. Esta não se limita a fixar as regras do jogo, senão que pretende participar diretamente deste, condicionando as futuras decisões coletivas a propósito da ação do Estado nas mais variadas esferas. Essa concepção do constitucionalismo, originária da Revolução Francesa, cria corpo em um texto jurídico supremo para instrumentalizar um programa transformador. No entanto, não se pode supor que toda a tradição constitucional europeia tenha apenas gerado, ao longo do tempo, Constituições revolucionárias, transformadoras e prolixas sem qualquer fórmula de garantia ante os poderes constituídos. Conclui Sanchís,

Pero, como aproximación general, creo que si es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también, en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál há de ser la orientación de la acción política en numerosas materias.²⁰²

²⁰² SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, p.126.

O constitucionalismo moderno, como se esboçou anteriormente, nasce liberal e evolui ao longo do tempo, sofrendo alterações e acréscimos em relação ao próprio conceito de Constituição e sua estrutura. Essa evolução guarda, necessariamente, íntima relação, como já se percebeu, com as mudanças modélicas de Estado. É possível afirmar que o moderno constitucionalismo liberal esteve atrelado a um contexto histórico, político, econômico e ideológico de desenvolvimento do modelo liberal de Estado e, por isso mesmo, o papel ainda secundário desempenhado pela Constituição, entendida como Carta Política, diante do desenvolvimento central das grandes codificações do direito privado, o apego ao legalismo (a consequente ascensão do Poder Legislativo em relação aos demais Poderes instituídos) e o incipiente positivismo. A transformação do Modelo Liberal de Estado de Direito para um modelo de Estado Social de Direito, nas suas mais variadas vertentes, inclusive a socialista, traz mudanças também na compreensão do papel desempenhado pela Constituição. Esta passa a ter reconhecida uma normatividade superior em relação às demais leis, não apenas no tocante à forma, mas também em relação ao seu conteúdo. O próprio princípio democrático se desenvolve com a evolução do constitucionalismo a tal ponto que hoje seria impensável imaginar o constitucionalismo por meio de uma Constituição que não garanta ou instrumentalize a estrutura democrática. Isso nos mostra que o constitucionalismo contemporâneo faz adesão a determinados valores políticos que passam a orientá-lo.

O processo de constitucionalização que se vem observando ao longo do tempo, revela paulatinamente a face de uma Constituição que influi e impregna o horizonte de sentido e compreensão de todos os demais ramos do direito, melhor dizendo, da própria teoria do direito. O constitucionalismo contemporâneo não se explica mais por meio de uma leitura positivista do direito. Para melhor se entender as Constituições atuais, será preciso lançar mão de raciocínios que implicam e reconhecem as conexões necessárias entre a moral e o direito.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO OU CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: AS IMPRECIÇÕES E INCOMPREENSÕES SEMÂNTICAS

O termo "neoconstitucionalismo" foi empregado pela primeira vez por Susanna Pozzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, ocorrido em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado "A especificidade da interpretação constitucional"²⁰³. Neste, a autora afirma que denomina neoconstitucionalismo a corrente de pensamento atuada por juristas e filósofos que compartilham de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy. Isso não significa, obviamente, que haja total coesão e harmonia no pensamento de ditos autores, e nem que eles se reconheçam abrigados sob o chamado neoconstitucionalismo, mas sim, que compartilhem de algumas noções peculiares que poderia uni-los em uma única corrente jusfilosófica. Para Pozzolo, tais características peculiares seriam as seguintes²⁰⁴:

- 1) Princípios *versus* Norma. A compreensão de que o ordenamento se constitui de regras e princípios e que estes, por seu padrão de maior abertura, abstração e recorrência a valores, levam os juízes (em especial o juiz constitucional) a tomá-los a sério, especialmente na interpretação e argumentação de suas decisões de tal maneira que deles se possa extrair, diretamente, a solução para determinadas controvérsias.
- 2) Ponderação *versus* subsunção. Pozzolo entende que os princípios requerem uma interpretação/aplicação diferente da regra. O raciocínio subsuntivo daria lugar à técnica da ponderação ou balanceamento que só se revela em relação ao caso concreto.
- 3) Constituição *versus* independência do legislador. Implica a materialização ou substancialização da Constituição. O objeto da Constituição não é mais apenas a organização e distribuição de poderes senão que o seu

²⁰³ POZZOLO, Susanna. Metacritica del neocostituzionalismo: una risposta ai critici di 'neocostituzionalismo e positivismo giuridico'. **Diritto e Questioni Pubbliche**, n.3, p.51, 2003.

²⁰⁴ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho**, v.21, n.2, p.340-341, 1998.

conteúdo substancial condiciona a validade de todas as demais normas.

Conforme Pozzolo,

*Esto no ya en el sentido kelseniano según el cual la constitución constituya una suerte de "marco" en el cual el legislador ordinario lleva a cabo sus decisiones políticas. Sin embargo, "el contenido sustancial condicionante" cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural. Derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, en todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como un guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede paso a la constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.*²⁰⁵

- 4) Juízes *versus* liberdade do legislador. Respeita a interpretação criativa ou construtiva da jurisprudência. A presença de princípios e a consequente constitucionalização de toda a ordem jurídica fazem com que o juiz possua a tarefa de adequar continuamente a legislação às prescrições constitucionais. O juiz passa a ocupar um papel fundamental como elemento racionalizador do sistema jurídico.

Essas considerações de Pozzolo se aplicam àquilo que ela entende ser um peculiar modelo constitucional, o modelo axiológico ou prescritivo da Constituição concebida como norma. Neste, a Constituição não é apenas norma de autorização e limite do direito infraconstitucional, mas programa de ação e razão para atuar²⁰⁶, possuindo assim uma natureza prescritiva de maior relevância.

O documento constitucional substancializado se constitui em uma ponte que permite a passagem ao discurso moral, como o único discurso que pode prover uma justificação à observância ou aplicação do direito. Assim, *"En efecto, una norma moral se acepta en virtud de su contenido y no por su génesis; ella sola, por tanto, constituye la justificación última de una acción o de una decisión. La justificación*

²⁰⁵ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional, p.341.

²⁰⁶ Explica a autora que esse modelo implica uma Constituição fortemente substancializada, uma Constituição não apenas como limite ou garantia, mas como fim, como endereço vinculante, como ordenamento de valores estruturados e dominantes no desenvolvimento da legislação. Hoje a Constituição provê um catálogo de tarefas e de diretivas de ação, determinação de fins estatais e expectativas constitucionais como características mesmo do ordenamento constitucional. (Conferir POZZOLO, Suzanna. **Neocostitucionalismo e positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 2001. p.36-39).

jurídica, pues, es en última instancia necesariamente moral."²⁰⁷ Enfim, o direito oferece razões para agir, e para ser digno de respeito não basta que essas razões se apoiem apenas no comando da autoridade; tais razões exigem respeito porque apoiam o direito em uma pretensão de realização de justiça (podemos lembrar aqui o pensamento de Alexy quando entende da conexão necessária entre a moral e o direito em função da ideia de correção material), de realização da dignidade da pessoa humana.

O neoconstitucionalismo, por meio da abertura promovida pelos princípios e da especial interpretação e argumentação que estes requerem para ser aplicados, nos Textos constitucionais de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, participa do que se chama de fenômeno da constitucionalização do direito. Perceba-se que a constitucionalização não implica mera decorrência do fato de que, ao entrar em vigor uma nova Constituição, esta recepciona toda a legislação anteriormente vigente, desde que com ela seja materialmente compatível. O fenômeno da recepção, explicado em termos de direito constitucional intertemporal, quer significar apenas que, a partir da nova Constituição, se molda uma ordem jurídica nova que passa a ser vista, aplicada e interpretada à luz da ordem instaurada pela Constituição em vigor. Isso não quer dizer que, necessariamente este novo Texto passe a "invadir" ou "penetrar" todo e qualquer espaço de compreensão do direito. Isso será verdade apenas se estivermos diante da entrada em vigor de uma Constituição de caráter principiológico. Portanto, o fenômeno da recepção não se confunde com o que se chama, atualmente, de fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico. Este sim implicará em que paulatinamente deixem de existir espaços vazios ou livres da interferência da Constituição, assim como, conseqüentemente, se elide a discricionariedade legislativa, visto que os legisladores, no exercício de suas funções típicas, estarão adstritos à observância dos marcos constitucionais, não apenas na dimensão formal, mas também na dimensão material.

O próximo item versará justamente sobre o fenômeno da constitucionalização do direito ocorrido principalmente com a promulgação das Constituições do Segundo Pós-Guerra. Estas se caracterizarão por um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, o que incluirá novas gerações ou dimensões de direitos e o abrigo

²⁰⁷ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional, p.343.

das mais variadas diretrizes éticas, princípios constitucionais e programas políticos de atuação. Tais peculiaridades, e, em especial, a presença mais frequente de princípios ético normativos, serão responsáveis pela paulatina invasão e presença das disposições constitucionais na regulação dos espaços de vida e das relações jurídicas cotidianas.

2.1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO OU NEOCONSTITUCIONALISMO E O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO QUE O (RE) SIGNIFICA

O processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos ocorrido nos últimos tempos implica que o jurista contemporâneo se debruce sobre o alcance, as transformações e o significado deste impacto das Constituições na prática jurídica e política contemporâneas. Assim, o neoconstitucionalismo abrange em si uma série de reflexões teóricas que tentam dar conta deste papel de uma Constituição que invade os mais variados espaços de regulação; espaços estes que se tornam cada vez mais refinados diante de uma sociedade que evolui em complexidade e multiplica exponencialmente os problemas por ela gerados. As teorias contemporâneas que tentam estabelecer este novo olhar e que, para tanto, dão importância aos problemas da indeterminação do direito e, principalmente, às relações necessárias entre o direito, a moral e a política são chamadas de pós-positivistas²⁰⁸ exatamente em função do esgotamento do positivismo e de um legalismo extremado que o acompanhava, ante o fortalecimento de um constitucionalismo renovado. Conforme já abordado, o pós-positivismo implica a ideia de que em função das relações necessárias e conceituais entre a moral e o direito, dadas em especial diante de uma Constituição principiológica, se estaria em um momento de ultrapassagem da perspectiva positivista.

Esse espaço passa a ser ocupado por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do direito em geral e também os mais diversos atores políticos. O Constitucionalismo

²⁰⁸ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo.

contemporâneo passa a transformar os valores e as opções políticas fundamentais em normas jurídicas, num grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona.

O doutrinador italiano Riccardo Guastini²⁰⁹ usa a expressão "constitucionalização do Ordenamento Jurídico" para se referir ao fenômeno do neoconstitucionalismo. Para Guastini²¹⁰, é possível observar graus de constitucionalização que projetam o quanto a ordem jurídica se encontra impregnada pela diretriz constitucional. Segundo o autor, existem condições de constitucionalização que, uma vez realizadas, nos apontam o grau (maior ou menor) de constitucionalização daquele ordenamento jurídico. Seriam sete condições que o ordenamento jurídico deveria satisfazer para ser considerado impregnado pelas normas constitucionais:

- 1) A primeira condição de constitucionalização é a existência, no ordenamento jurídico, de uma Constituição escrita e rígida, que incorpora os direitos fundamentais e os protege, em virtude da diferença hierárquica entre leis constitucionais e infraconstitucionais.
- 2) A segunda é a garantia jurisdicional da Constituição ou o controle da constitucionalidade das leis em relação à Constituição no asseguramento da Supremacia Constitucional e, conseqüentemente, da supremacia dos direitos fundamentais.

As duas primeiras condições são consideradas necessárias para a constitucionalização, as demais irão apontar o grau de constitucionalização de um ordenamento jurídico, ou seja, o quanto este se encontra "embebido" pela Constituição.

- 3) A terceira é a força vinculante da Constituição que expressa e reforça a normatividade dos dispositivos constitucionais. Toda e qualquer norma constitucional é uma norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos. É a onipresença nas Constituições, de princípios e regras jurídicas. A Constituição deixa, assim, de ser vista como um "manifesto político" repleto de meras recomendações aos operadores do Estado e do Direito.

²⁰⁹ GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico...

²¹⁰ *Ibid.*, p.50-58.

- 4) A quarta condição diz respeito à necessidade de a Constituição ser interpretada extensivamente de tal maneira que dela possam ser extraídas também normas implícitas e idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política, fechando-se, assim, espaço para a discricionariedade legislativa. A invocação dos princípios constitucionais amplia e intensifica a presença da Constituição nas relações jurídicas em geral. É o que o autor chama de sobreinterpretação, e, com ela, deixam de existir espaços vazios ou livres da Constituição. Mesmo a atividade legislativa se encontra pré-regulada na própria Constituição.
- 5) A quinta condição respeita a aplicação direta das normas constitucionais e a consequente produção de seus efeitos, mesmo que programáticas as normas e ainda que nas relações entre particulares. Neste ponto Guastini observa que esta condição depende de certa concepção de Constituição e da atitude dos juízes em função da mesma. Na concepção liberal clássica a função da Constituição era de limitar o poder e, nesse sentido, as normas constitucionais não regulam as relações entre particulares, visto que estas são reguladas pela legislação ordinária. Assim, ao regularem as normas constitucionais, a organização do Estado e as relações deste com os cidadãos, as mesmas não são suscetíveis de aplicação direta por parte dos juízes, nas controvérsias que oponham um cidadão contra outro. Já no constitucionalismo atual, entende-se que a função da Constituição também é a de moldar as relações sociais; neste sentido as normas constitucionais passam a ser vistas como tendo aplicação direta, sendo aplicadas diretamente por qualquer juiz em ocasião de qualquer controvérsia.²¹¹ Dentro dessa perspectiva poderia-se questionar, inclusive, o sentido de se manter a clássica divisão e classificação dos tipos de normas constitucionais em relação à sua eficácia e aplicabilidade, visto que não há mais razão, na dimensão do constitucionalismo contemporâneo, em se falar, por exemplo, de normas constitucionais programáticas.

²¹¹ GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico..., p.55.

- 6) A sexta nos remete à interpretação das leis conforme a Constituição no sentido que a interpretação que se faz delas deve adequá-las aos dispositivos constitucionais, conforme bem observa Figueroa, sendo que o controle de constitucionalidade não se dá mais apenas em juízos de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade das normas²¹².
- 7) A sétima e última condição de constitucionalização é a influência da Constituição sobre as relações políticas. A argumentação jurídica tende a tornar-se uma argumentação política e moral em função dos princípios visto que estes dão, especialmente aos tribunais constitucionais, a possibilidade de os juízes adentrarem a argumentação política e moral que subjaz nas normas jurídicas. Em outras palavras, as fronteiras entre o chamado discurso de justificação e discurso de aplicação se tornam cada vez mais tênues.

Essas transformações delineiam, para alguns autores²¹³, a transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito ou, segundo Figueroa, para o "paradigma do constitucionalismo". Esta nova atitude perante o direito quer demarcar, principalmente, a construção de uma nova mentalidade jurídica que não se reconhece em termos do positivismo jurídico. Nas palavras de Figueroa,

*Como acabo de señalar, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se há limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también del estilo de pensamiento de juristas y teóricos del Derecho. La constitucionalización de pensamiento jurídico há dado lugar al "constitucionalismo". Se denominado genericamente "constitucionalismo" (y mas precisamente "neoconstitucionalismo" com el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido em la actualidad) a la teoria o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.*²¹⁴

²¹² FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p.164.

²¹³ *Ibid.*, p.160.

²¹⁴ *Ibid.*, p.164.

Figuerola, é importante ressaltar, destaca ainda um aspecto material, um aspecto estrutural e funcional e um aspecto político da constitucionalização.²¹⁵

O aspecto material, segundo o autor, consistiria no fato da rematerialização do direito, ou seja, este adquiriu uma forte carga axiológica, por meio dos princípios constitucionais, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. O constitucionalismo contemporâneo não é apenas normativo, mas detentor de uma normatividade necessariamente vinculada à moral (no que se opõe ao constitucionalismo tradicional).

O aspecto estrutural da constitucionalização do ordenamento jurídico se vincula à ideia do tipo de argumentação que os princípios como normas fomentam, ou seja, a estrutura das normas constitucionais. O efeito de irradiação dos princípios sobre o ordenamento jurídico elimina os chamados espaços de discricionariedade, inclusive em relação ao Poder Legislativo que também, no exercício de sua função, está vinculado inexoravelmente à Constituição. Nada resta fora do alcance da Constituição. Os princípios ampliam a aplicabilidade do sistema jurídico. O aspecto funcional implica que os princípios requerem uma forma especial de aplicação do direito que, segundo o autor, seria a ponderação. A teoria dos princípios remete necessariamente a uma teoria da argumentação jurídica. Esclarece Figuerola,

Si el aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento ha vinculado el Derecho a la moral, El aspecto funcional ha aproximado el razonamiento jurídico al razonamiento moral. Si a ello se añade que la teoría de la argumentación jurídica ha primado la perspectiva argumentativa en el estudio del Derecho, esto es, su estudio como un sistema dinámico de argumentos y no como un mero sistema estático de reglas y principios, el resultado final consiste en que el estudio del fenómeno jurídico tiende a ser concebido como el estudio de um tipo específico de argumentación práctica general. Dicho en otras palabras, la teoría del derecho tiende a convertirse en una parte especial de la teoría general de la argumentación práctica.²¹⁶

O aspecto político consiste nas consequências que tanto o aspecto material quanto o estrutural e funcional causam nas relações de força entre os Poderes do Estado, ou seja, o deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário. Figuerola observa, ainda, que nem todo ordenamento jurídico se encontra constitucionalizado e neste sentido nem todos os ordenamentos jurídicos estariam

²¹⁵ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo, p.165.

²¹⁶ *Ibid.*, p.166.

vinculados a moral em virtude da constitucionalização. Sendo assim, a propriedade comum a todo sistema jurídico não é exatamente a constitucionalização, mas sim a disposição à constitucionalização, esta sim, para o autor, característica predicável a todo sistema jurídico. Essa disposição à constitucionalização se traduz em uma tendencial "constitucionalizabilidade".²¹⁷

Nessa linha de raciocínio, Zagrebelsky²¹⁸, ao comentar o Estado Constitucional de Direito atual, reconhece a impossibilidade de identificação de suas características com o modelo de constitucionalismo do século XIX. Sob tal ponto de vista, a transformação ocorrida é tão importante que deve nos levar a pensar em uma verdadeira transformação genética, mais do que um desvio momentâneo na esperança de uma restauração.

O constitucionalismo tradicional caracterizou-se por ser eminentemente normativo, no sentido de estar integrado por regras. O constitucionalismo contemporâneo estabelece a recepção, no ordenamento jurídico, da moral, especialmente sob a forma de direitos fundamentais, muitas vezes veiculados por meio de princípios. O neoconstitucionalismo quer promover o reencontro do direito com os valores, rematerializando-o. A técnica subsuntiva, própria do positivismo tradicional que separava hermeticamente o direito da moral, torna-se, cada vez mais, insuficiente para dar solução à gama complexa de questões que surgem no horizonte. O conflito entre princípios, especialmente na seara dos direitos fundamentais, exige uma nova técnica de solução, a ponderação de valores, o juízo argumentativo desta ponderação.

Segundo Santiago Ariza²¹⁹, as constituições da segunda metade do século XX incorporam conteúdos materiais que possuem a forma de direitos, princípios, valores e diretrizes. Não se trata de afirmar que o juízo de subsunção, próprio da compreensão positivista do fenômeno jurídico, já não desempenhe papel algum na aplicação do direito pelos juízes, mas sim de reconhecer que "*el razonamiento lógico-formal dice*

²¹⁷ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo, p.175.

²¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: lei, derechos, justicia. 5.ed. Madrid: Trotta, 2003. p.33.

²¹⁹ ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p.241.

*muy poco acerca de la aplicación de los principios.*²²⁰ Prossegue o autor na justificativa de sua posição,

*Por supuesto, el modelo de ciencia jurídica que parece exigir el neoconstitucionalismo también se contrapone al que há venido defendiendo el positivismo jurídico. En sentido, frente al distanciamiento (o la reivindicación Del punto de vista externo), a la neutralidad y a la función descriptiva, se opone un nuevo modelo en el que las principales características que se predicen de la ciencia jurídica suelen el compromiso (o la adopción del punto de vista interno), la ineludible intervención de los juicios de valor en análisis del Derecho y la prioridad del carácter práctico de la ciencia jurídica frente su presentación como un estudio de carácter científico. Ahora parece que la incorporación constitucional de contenidos materiales supone que la teoría jurídica no puede ser independiente o debe incluir también la política del Derecho.*²²¹

O papel desempenhado pelos Textos Constitucionais em especial, como já afirmado, após a Segunda Grande Guerra, nos países de tradição continental como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal etc., tem assumido uma função diferenciada. É possível afirmar que as Constituições do constitucionalismo liberal, que desempenhavam um papel de garante da liberdade estabelecendo, principalmente, mecanismos de contenção de poder e organização do Estado, foram paulatinamente substituídas por Constituições que, para além da função de equilibrar poder e liberdade, assumem também a possibilidade de funcionar de maneira não apenas a descrever, mas essencialmente a prescrever determinadas condutas, valores e políticas que necessariamente deverão ser realizadas e implementadas porque estatuídas por meio de princípios como normas jurídicas.

A abertura das Constituições contemporâneas, por meio do abrigo de princípios normativos, coincide com um movimento de centralidade operado pelos ordenamentos constitucionais atuais em relação ao sistema jurídico. Não é incorreto afirmar que as Constituições atuais operaram uma migração de *locus* de significado e de importância que as conduziu para o centro de toda a ordem jurídica, lugar anteriormente ocupado pelas codificações de direito privado, voltadas essencialmente para a proteção patrimonial. O papel de primazia ocupado pelas Constituições hoje, reserva, dentro do próprio Texto constitucional, um papel de centralidade em relação aos direitos

²²⁰ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo, p.241.

²²¹ *Ibid.*, p.245.

fundamentais. Neste sentido assevera Nicz, "O respeito aos direitos fundamentais é o ponto central na construção de um Estado Democrático de Direito."²²²

Assim, Constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo caracteriza-se, principalmente, por se apresentar como uma noção superadora do Estado de Direito Legislativo, que estruturou o desenvolvimento do modelo liberal de Estado de Direito, caracterizado especialmente por uma Constituição que instrumentaliza limites ao poder, estabelecendo a sua organização essencial. Conforme Sanchís, ao estabelecer a rematerialização dos documentos constitucionais por meio da introdução, nestes, dos princípios, faz da Constituição uma unidade material, uma ordem de valores protegida e estendida na sua realização por um procedimento efetivo de controle da constitucionalidade das leis.²²³ A Constituição condiciona a validade das leis e dos atos inferiores, não apenas em relação à sua forma de criação mas, principalmente, em relação ao seu conteúdo substantivo. O Texto constitucional é fonte de direito por excelência.

Luís Pietro Sanchís, que não adere à ideia de simples superação do positivismo jurídico (entendendo a compatibilidade entre o constitucionalismo contemporâneo e o positivismo jurídico ético), explica que, em especial, a novidade desse constitucionalismo renovado se encontra nos aspectos teóricos que dizem respeito às fontes do direito e ao problema da sua interpretação e aplicação. A Constituição é a fonte de todo o direito; o legislador ao criar o direito está a ela, ou melhor, ao seu conteúdo valorativo, submetido.

Para o autor, o constitucionalismo contemporâneo alenta a ideia de uma "ciência jurídica comprometida", o que põe em questão as relações entre direito e moral. Ainda em tempo, as Constituições contemporâneas são formadas por princípios e regras, e os princípios são considerados as normas constitucionais por excelência. Assim, impregnadas de normas princípio, já não podem ser interpretadas apenas por meio da técnica subsuntiva, mas essencialmente por meio da

²²² NICZ, Alvacir Alfredo. O processo de mutação constitucional visando o alcance da efetividade e concretização dos direitos fundamentais. In: NICZ, Alvacir Alfredo; ANDREATO, Danilo (Coords.). **Estado, direito e sociedade**. São Paulo: Iglu, 2010. p.23.

²²³ SANCHÍS, Luís Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**, p.17.

ponderação.²²⁴ Essa afirmação mostra que o autor adere, de maneira mais forte, à teoria de Robert Alexy e à ideia de que os princípios são mandamentos de otimização. No entanto, a superação do formalismo legalista e o uso da ponderação não colocam o juiz na possibilidade de um decisionismo arbitrário, mas, ao contrário, a sua atuação deverá pautar-se pelos marcos éticos e políticos que informam o Estado Constitucional de Direito. Os princípios estimulam novas formas de racionalidade jurídica e implicam uma racionalidade prática para sua aplicação. A existência dos princípios tende a atacar a tese positivista da separação entre direito e moral.

²²⁴ SANCHÍS, Luís Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**, p.16-17.

3 CARACTERÍSTICAS QUE TENDEM A IDENTIFICAR O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO UMA NOVA TEORIA DO DIREITO

O entendimento acerca do que efetivamente seja uma teoria neoconstitucional tem gerado posições diferenciadas quanto à tentativa de dar sentido e concretude à ideia de uma Constituição rematerializada por normas e princípio e imantada pelos mais variados direitos fundamentais. É possível partir de uma análise da tipologia estabelecida pelo constitucionalista italiano Paolo Comanducci, na qual o autor (com base na clássica tipologia de Bobbio quanto ao positivismo, já abordada neste trabalho) estabelece três formas ou sentidos em que pode ser tomado o neoconstitucionalismo: o teórico, o metodológico e o ideológico.²²⁵

Para Comanducci, o neoconstitucionalismo como teoria do direito implica o fenômeno da constitucionalização do direito que se caracteriza, como se sabe, por uma Constituição que preenche todos os espaços jurídicos, que se constitui em um sistema de regras e princípios, que abriga, de maneira privilegiada, um rol de direitos fundamentais e que, conseqüentemente, exigirá um tipo próprio de interpretação e aplicação das suas normas em função da abertura do sistema produzida especialmente pelos princípios. Perceba-se que o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo implica a construção de uma nova teoria das normas jurídicas, já que aceita que princípios possuem efetivamente um caráter normativo. A exigência de um juiz neutro na estipulação de um raciocínio subsuntivo não se mantém diante da ideia normativa de princípios. Ao contrário, a abertura e a recorrência frequente a valores e opções políticas exigem não apenas uma ideia de direito comprometido com a noção de correção ou justiça (o que implica as relações necessárias entre a moral e o direito), mas também um juiz iniciado em técnicas de interpretação e argumentação jurídicas.

A construção e o desenvolvimento de uma teoria das normas mais adequada à realidade dos princípios, à mudança ocorrida em relação à teoria das fontes do direito, acrescida à premência de uma hermenêutica constitucional que dê conta dessas

²²⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metametateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p.82.

alterações e que desenvolva de maneira singular uma teoria da argumentação jurídica, são algumas das exigências estabelecidas pelo constitucionalismo contemporâneo.

É importante frisar, também, que uma teoria neoconstitucionalista parte do pressuposto de que as fronteiras entre o direito e a moral, entre o direito que é e o direito que deve ser, tornam-se cada vez mais obscurecidas, à medida que se reconhece que critérios de natureza moral passam a determinar a validade ou não das normas jurídicas. Ressalte-se, no entanto, que, conforme já aventado, o desenvolvimento teórico do positivismo jurídico, por meio das doutrinas do positivismo inclusivo ou também do positivismo ético, tenta reconciliar o papel do positivismo com uma estreita relação para com a moral, desde que de maneira contingencial.

O neoconstitucionalismo como ideologia, por sua vez, opera uma mudança no querer da Constituição. Se o objetivo dos primeiros Textos Constitucionais do Modelo Liberal de Estado foi, principalmente, estabelecer a estrutura do Estado e os limites do poder por meio de sua organização, na ideia de que o direito realiza basicamente o valor segurança jurídica, agora o objetivo da Constituição é, fundamentalmente, reconhecer e proteger os dos direitos fundamentais, nas suas mais variadas gerações, fazendo com que todos os Poderes Instituídos estejam a serviço de sua concretização. Nesse modelo axiológico de Constituição, valora-se positivamente o processo de constitucionalização, apoiado por um Estado Constitucional e Democrático de Direito, propugnando sua defesa e ampliação.

Já o neoconstitucionalismo metodológico, segundo Comanducci, implica franca oposição ao que se chama de positivismo como método, que adota a tese da separação conceitual entre direito e moral e a tese das fontes sociais do direito e, conseqüentemente, fixa a diferença crucial entre o direito que é e o direito como deveria ser. Para o neoconstitucionalismo metodológico, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais estabelecem a ponte entre o direito que é e o direito como deveria ser, reconhecendo uma conexão relevante entre o direito e a moral.²²⁶ Comanducci, no entanto, não se furta de fazer críticas a cada uma dessas perspectivas do neoconstitucionalismo.

²²⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo..., p 87.

Perceba-se, ainda, que a ideia de separação entre descrever e prescrever, própria do positivismo, não se mantém na perspectiva neoconstitucionalista. O positivismo jurídico pressupõe a descrição neutra em relação ao objeto que se quer conhecer, assim, o direito é essencialmente um fato social descrito de maneira ascéptica pelo investigador. O neoconstitucionalismo, enfatizando o ponto de vista interno, vai entender que a pura descrição é inviável dado que o direito seria um objeto construído pelo investigador e justificado também sob um prisma de correção moral.

Observe-se que são múltiplas as características atribuídas a uma teoria neoconstitucionalista a fim de apresentá-la como uma inovação em relação ao desenvolvimento anterior do constitucionalismo. Na tentativa de sistematizar as propriedades desse novo paradigma neoconstitucionalista, Écio Oto Duarte²²⁷, com base em Figueroa, elenca onze teses que o circunscrevem.

- 1) PRAGMATISMO – que implica a prioridade do caráter prático da ciência jurídica perante a sua apresentação como estudo de caráter científico. É a inclusão também da dimensão política do direito, o que se contrapõe à ideia de ciência do século XIX. A virada linguístico-pragmática, que já havia envolvido e influenciado Hart, na sua visão positivista avançada, se encontra aqui plenamente estabelecida. Para analisar e compreender o direito de maneira adequada, não basta ficar reduzido ao nível sintático ou semântico da linguagem, é necessário também passar-se ao nível pragmático na esfera da semiótica.
- 2) ECLETISMO (SINCRETISMO) METODOLÓGICO – a exegese e a aplicação jusfundamental estão dependentes de um conjunto de metodologias que se interconectam (que se situam entre a orientação analítica e a orientação hermenêutica).
- 3) PRINCIPIALISMO – O argumento dos princípios reconhecidos como norma estabelece a tese da conexão do direito com a moral. Isto é, o argumento de princípios se une ao argumento da correção e ao argumento da injustiça (tese especialmente desenvolvida por Alexy com base na chamada "fórmula" Radbruch, conforme visto em item pertinente).

²²⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico..., p.64-72.

- 4) ESTATALISMO GARANTISTA – A necessidade, por uma questão de segurança jurídica no meio social, que os conflitos sejam solucionados por meio de instituições estatais. É a garantia de existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais.
- 5) JUDICIALISMO ÉTICO-JURÍDICO – o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais, a elaboração de juízos de adequação e de justificação com natureza ética (argumentação) ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. É a denúncia do equívoco da tese da discricionariedade e a afirmação da tese da conexão necessária entre a moral e o direito.
- 6) INTERPRETATIVISMO MORAL CONSTITUCIONAL – A leitura moral da Constituição resultante de uma interpretação construtiva dos valores do regime democrático termina por realizar a conexão do discurso jurídico ao discurso moral.
- 7) PÓS-POSITIVISMO – o neoconstitucionalismo constitui um modelo ideal – axiológico normativo do direito – ao qual o direito positivo deveria tender.²²⁸ As principais características do modelo pós-positivista são o compromisso com o ponto de vista interno (em oposição à neutralidade e à função descritiva do positivismo), a inafastável intervenção dos juízos de valor na análise do direito e a prioridade do caráter prático da ciência jurídica.
- 8) O JUÍZO DE PONDERAÇÃO – Na resolução dos *hard cases*, nos quais nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, o juiz pautado na tese dos direitos tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, a busca por uma resposta correta.

²²⁸ É importante notar que, embora os termos neoconstitucionalismo e pós-positivismo sejam empregados, na grande maioria das vezes, como sinônimos é possível afirmar-se que uma parte de autores neoconstitucionalistas entende que este é perfeitamente compatível com uma classe de positivismo jurídico, já analisada neste trabalho, chamada de positivismo inclusivo (v.g. Will Waluchow, Moreso, Pozzolo, entre outros tantos). Por outro lado, existem aqueles que entendem que o neoconstitucionalismo implica uma visão pós-positivista ou não positivista do Direito. Aqui, poderíamos pensar em todos aqueles que entendem que há uma relação conceitualmente necessária entre a moral e o Direito, o que implicaria uma superação do positivismo jurídico. (v.g. Dworkin e Alexy, cada um a seu modo).

- 9) ESPECIFICIDADE INTERPRETATIVA – O neoconstitucionalismo sustenta a tese de que existe uma especificidade na interpretação constitucional diferentemente da interpretação da lei. É a adoção do modelo prescritivo de Constituição como norma.
- 10) AMPLIAÇÃO DO CONTEÚDO DA *GRUNDNORM* – Ultrapassando o esquema positivista Kelseniano, que fundamenta a validade em uma norma fundamental completamente neutra, no que respeita ao seu conteúdo, o neoconstitucionalismo defende que a obrigatoriedade jurídica assumida em função da Constituição se deve à inclusão, no conceito de *grundnorm*, de conteúdos morais. É a pretensão de correção do direito que levaria à inclusão, na norma fundamental, do chamado argumento da injustiça.
- 11) CONCEITO NÃO-POSITIVISTA DE DIREITO – As Constituições atuais, além de uma força formal de validade, possuem também uma densidade material normativa e esta levará o conceito de direito a uma dimensão de fundamentação que qualifica a validade das normas jurídicas desde um grau mínimo de justificação ética.

Na visão do autor essas teses caracterizariam um rompimento que o constitucionalismo contemporâneo produz em relação à teoria positivista do direito, inaugurando um novo paradigma, o paradigma do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA POSITIVISTA DO DIREITO

É importante destacar que nem todas as tendências neoconstitucionalistas estão exatamente contrapostas ao positivismo jurídico. O neoconstitucionalismo estaria em evidente oposição às teorias positivistas clássicas ou tradicionais, mas, conforme já abordado em item específico, a partir de Hart o positivismo jurídico desenvolveu-se a ponto de alguns autores entenderem pela possibilidade de sua harmonização para com as alterações sofridas pelo mundo jurídico em decorrência do constitucionalismo contemporâneo. Assim, por exemplo, a teoria do positivismo jurídico inclusivo, ao admitir as conexões contingentes entre o direito e a moral, compatibilizaria o neoconstitucionalismo com o positivismo jurídico, mas com um positivismo jurídico avançado.

No entanto, conforme se verá adiante, a compreensão desenvolvida neste trabalho é a de que o positivismo jurídico, ainda que em suas versões mais avançadas e desenvolvidas, se encontra definitivamente superado na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo visto que não é possível desconhecer que as relações travadas entre a moral e o direito não são apenas contingenciais, mas necessárias. Assim, os próximos itens farão uma sistematização dos contrastes observados entre uma e outra perspectiva, a fim de tornar mais claros os motivos que levam a se afirmar a superação do positivismo jurídico em função do papel assumido pelas Constituições contemporâneas.

4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO *VERSUS* POSITIVISMO JURÍDICO

Até o presente momento foram levantadas as teses dos mais diversos autores em relação à compreensão do que seja o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, para delimitar-se a novidade e, até certo ponto, o contraste para com as explicações de índole positivista do sistema jurídico. Cabe aqui fazer uma sistematização de tudo o que foi estabelecido e apreendido anteriormente, a fim de que se tornem mais claros os pontos de contraste ou oposição e também de contato

comum ou similitude, entre as duas perspectivas. Para tal será privilegiado o ponto de vista de dois autores atuais que se dedicam ao tema já há algum tempo.

Em primeiro lugar se estabelecerá a visão de Luis Pietro Sanchís em relação a alguns dos principais contrastes verificados entre as duas perspectivas. Em segundo lugar se trará à baila, mais uma vez, o pensamento da autora italiana Susanna Pozzolo. Ambos reconhecem contrastes importantes entre a perspectiva positivista e a neoconstitucionalista, no entanto, não comungam exatamente com a ideia de ultrapassagem do positivismo jurídico, ou seja, compreendem que o constitucionalismo contemporâneo se harmoniza com versões mais avançadas do positivismo jurídico.

Luis Pietro Sanchís²²⁹ estabelece uma divisão em relação aos pontos de contrastes entre as duas perspectivas, tomando-se em consideração a dimensão da teoria normativa, da teoria das fontes e da teoria da interpretação do direito.

a) Em relação à teoria das normas:

Segundo Sanchís, as normas jurídicas, na visão positivista, são formadas por elementos comuns: pressuposto fático – dever ser – consequência jurídica (dado A deve ser B). Já as normas constitucionais são caracteristicamente vagas e incompletas, abstratas e de aplicação diferida, ou seja, os princípios são as normas constitucionais mais genuínas, e se caracterizam por não possuir o pressuposto de fato e carecer de uma só consequência jurídica. No entanto, para o autor, as características hoje reconhecidas aos princípios não significa que se possa estabelecer uma distinção forte entre regras e princípios, muito embora a concepção tradicional de norma, defendida pelo positivismo jurídico, mereça ser revisada em função de uma maior complexidade atual. A questão se complica quando as Constituições abrigam, além de princípios, também valores. A distinção entre princípios e valores, para o autor, repousaria em um critério quantitativo de maior ou menor concreção.²³⁰

²²⁹ SANCHÍS, Luís Pietro. Constitucionalismo y positivismo, p.30.

²³⁰ *Ibid.*, p.31.

b) Em relação à teoria das fontes sociais:

A teoria das fontes do direito representa, segundo o autor, no paradigma do constitucionalismo contemporâneo, a substituição da soberania concreta da lei pela soberania abstrata da Constituição. O legislador se subordina à ordem superior da Constituição. A Constituição desenha um modelo de produção normativa mais complexo, em que os sujeitos encontram, não uma ordem hierárquica única, mas orientações de sentido conflitivo que exigem ponderação. A Constituição estabelece outros centros de produção jurídica ao exigir uma série de fins e objetivos da ação Estatal, que se desenvolvem na administração por meio de regulamentos. Ademais, o juiz constitucional já não se conforma em ser legislador negativo, senão que também acaba assumindo uma função criadora ou positiva. Enfim, para Sanchís, surge uma pluralidade de fontes do direito, embora a principal seja a Constituição.

A ideia de um ordenamento hierárquico, unitário e escalonado também sucumbe ao fato de que essa unidade agora tenta reconstruir-se a partir da noção de Constituição como expressão de um marco de consenso e unidade, não mais formal, mas material e substantiva e, sobretudo, procedimental, em que coexistem distintas concepções de justiça.²³¹

c) Em relação à teoria da interpretação:

No tocante à teoria da interpretação, Sanchís entende que o positivismo sustenta duas grandes e contraditórias teses sobre a interpretação: a tese da subsunção e a tese da discricionariedade do juiz.

A tese da subsunção, que entendia o processo de interpretação como essencialmente mecânico e literal, pressupondo um juiz neutro e autômato, já de algum tempo foi superada. Na verdade, para o autor, esse posicionamento só teria sido defendido em concreto pela escola da Exegese ou Jurisprudência dos Conceitos. Assim, o próprio positivismo normativista reconhece que a aplicação do direito, nas decisões judiciais, comporta um componente valorativo.

No entanto, é forçoso reconhecer que constitucionalismo, ao portar normas princípios e direitos fundamentais, representa um convite ao raciocínio jurídico em termos absolutamente superadores da subsunção. É o triunfo do juízo de ponderação e

²³¹ SANCHÍS, Luís Pietro. Constitucionalismo y positivismo, p.34-37.

razoabilidade, visto que a subsunção não dá mais contas das exigências estabelecidas pelo constitucionalismo.²³²

A tese da discricionariedade judicial, para o positivismo, é a de que o direito não é exatamente um sistema perfeito, cuja linguagem deixa ampla zona de penumbra que desemboca na discricionariedade judicial.

Na visão do autor, não é um mérito exclusivo do constitucionalismo, mas este tem promovido um grande desenvolvimento na teoria da argumentação jurídica, no sentido de ampliar as fronteiras da racionalidade jurídica, necessária em função dos princípios, pois, ante estes, o papel do interprete só é aceitável se proporciona uma justificação moral. Falar em princípios equivale a falar em argumentação jurídica e isso equivale a limitar o papel da discricionariedade na interpretação. Os princípios constitucionais limitam a discricionariedade por dois motivos: primeiro porque supõe a cristalização dos valores que dotam de sentido e fecham o ordenamento (não precisam ser criados pelos juízes) e segundo porque requerem um gênero de raciocínio mais complexo que o subsuntivo e que se instala ali onde antes se supunha ser o espaço de discricionariedade.²³³ A argumentação racional como atividade específica da interpretação do direito constitui uma exigência de legitimidade: motivar e justificar o porquê de uma decisão é um chamamento à sua aceitação pelos demais.

Assim, quando cessa a subsunção, não se abre espaço para a discricionariedade e sim, começa a atividade racional de justificação. Essa atividade é necessária para legitimar o intérprete, visto que ele não pode mais proteger-se em uma aplicação mecânica da lei e nem tampouco apelar à sua origem democrática, só lhe resta, portanto, justificar a decisão com boas razões.²³⁴

O autor acredita que o constitucionalismo e o gênero da teoria interpretativa que este requer, podem estar contrapostos à tese da subsunção, mas não exatamente opostos à tese da discricionariedade; isso se não se acata a tese de uma única resposta correta para o caso, "*por ello, El juez del constitucionalismo no difiere, sino*

²³² SANCHÍS, Luís Pietro. Constitucionalismo y positivismo, p.40.

²³³ *Ibid.*, p.43.

²³⁴ *Ibid.*, p.45.

*que más bien matiza el modelo de juez parcialmente discrecional propuesto por el positivismo de Kelsen o Hart.*²³⁵

O aspecto central do positivismo metodológico é, como se sabe, a tese da separação entre o direito e a moral. O conhecimento do direito pode ser neutro visto que o direito pode ser tanto justo quanto injusto, e a sua descrição pode prescindir do valor justiça. O constitucionalismo, no entanto, segundo observa o autor, promoveria uma rematerialização da Constituição ao incorporar, no Texto, um grande número de valores morais, ocorrendo a juridificação ou positivação de uma ética que se erige, assim, em um critério de validez.²³⁶ As normas do sistema, para além de respeitar certos requisitos formais e procedimentais, deverão também, para ser consideradas válidas, ser congruentes com princípios e valores que são morais e jurídicos ao mesmo tempo. O constitucionalismo exige um ponto de vista interno ou próprio dos participantes no sistema, para o conhecimento do direito. Exige, portanto, um jurista comprometido ou moralmente obrigado.

A adoção do ponto de vista interno parece, segundo Sanchís, conduzir irremediavelmente à tese da conexão necessária entre o direito e a moral. Parece que resulta essencial ao direito uma certa pretensão de correção que, na medida que tem implicações morais, põe de manifesto uma conexão conceitual e necessária entre o direito e a moral (posição defendida por Alexy, conforme já visto anteriormente). Mas, para o autor, no entanto, o positivismo é compatível com a ideia de que toda a Constituição repousa e necessita de uma determinada moral institucional. Em outras palavras, o constitucionalismo contemporâneo não estaria, necessariamente, em órbita de colisão com o positivismo ético ou moderado (relembre-se aqui, também, a defesa de Tom Campbell à teoria do positivismo ético, no sentido de que esta se harmoniza com o constitucionalismo contemporâneo).

É possível perceber que Sanchís se revela favorável a uma teoria do direito e a um constitucionalismo de índole positivista. Para ele, o moderno antipositivismo se caracteriza pela ênfase que dá ao ponto de vista interno, ou do participante, especialmente do juiz. Quem participa e usa o direito para justificar as suas decisões deve se sentir vinculado ou obrigado por ele, de maneira que o aceite moralmente.

²³⁵ SANCHÍS, Luís Pietro. Constitucionalismo y positivismo, p.48.

²³⁶ *Ibid.*, p.50.

A Constituição, concebida como um consenso em torno de princípios, só seria inteligível do ponto de vista interno.²³⁷ Paradoxalmente, para o autor, foi Hart a observar que a consideração do direito como mero regulador de comportamentos não constitui uma descrição completa de como realmente funciona a ordem jurídica, visto que não toma em consideração que quem aplica as normas deve ter alguma razão para considerá-las vinculantes e obrigatórias. Para que exista um sistema jurídico é necessário que suas normas sejam obedecidas pelo cidadão (eficácia), mas também que suas regras de reconhecimento, que estabelecem as condições de validade das demais regras, sejam efetivamente aceitas pelo funcionário como modelos públicos e comuns de conduta social. Hart, na perspectiva do positivismo avançado, já teria estabelecido a ponte entre este e o constitucionalismo contemporâneo.

Nesse sentido, Sanchís não vê inconveniente no desenvolvimento de um constitucionalismo positivista, ou seja, de um constitucionalismo conhecedor de que a Constituição encarna um consenso de moralidade pública, não só entre os funcionários, e que, portanto, expressa decisões abertamente morais. Para o autor, um ponto de vista moderadamente externo ou, se se preferir, interno, pode ser o mais idôneo para a dogmática constitucional. Nem toda moral está no direito de maneira que nem sempre a melhor resposta moral é também a melhor resposta jurídica. A moral não representa a única ou última palavra, cabendo, portanto, o desenvolvimento de uma moral crítica, alheia ao direito.

Assim, para Sanchís, o que realmente ocorre, no constitucionalismo contemporâneo, é um deslocamento do juízo moral. O que antes era um juízo moral sobre a justiça da norma se converte agora em um juízo jurídico sobre a validade dela. Os problemas da fundamentação moral se deslocam e quase se circunscrevem ao debate constituinte, aceita a justiça da regra de reconhecimento (a Constituição), o resto parece ser problema jurídico. No constitucionalismo antipositivista, o juízo moral se desloca tanto que na prática fica eliminado, na visão do autor. Para o positivismo, um sistema jurídico-legal repousa e reflete um certo sistema de moralidade, por trás do Estado ou do direito há sempre uma concepção de mundo. A tese positivista da separação entre direito e moral certamente não se estabelece em relação a esse tipo de moral social, mas sim em relação à ideia de moral crítica.

²³⁷ SANCHÍS, Luís Pietro. Constitucionalismo y positivismo, p.58.

A moral crítica é a do observador externo que está em condições de comparar o que estabelece a ordem jurídica com as exigências de uma normatividade distinta. Para o autor, o positivismo não nega que no direito existem valores morais, porém acrescenta que a validade jurídica deles não depende da plausibilidade moral, senão de sua efetiva vigência.

Segundo Sanchís, o que realmente aconteceu é que constitucionalismo pós-positivista desvelou o que todos já de alguma maneira sabiam, ou seja, quando se resolvem conflitos jurídicos se está oferecendo resposta morais e que, portanto, é perfeitamente lógico que no raciocínio jurídico se conjuguem argumentos procedentes do direito s. s. com outros derivados da filosofia da justiça, seja daquela que se supõe repousar sobre todo modelo de convivência ou daquela mais ou menos esclarecida que professa o interprete ou, ainda, de uma combinação de ambas.

Mas, a maior crítica estabelecida pelo autor, e que de alguma forma abrange todas as demais, é que este pensamento não soube evadir-se de uma certa versão do positivismo. Justamente esta ideia de neutralidade e cientificidade. Porém em lugar de abandoná-las os constitucionalistas preferem aferrar-se a ela e tentar resolver os problemas invocando os princípios da moralidade. Só que esta moralidade vem para exercer uma função sedante sobre a consciência dos juristas que antes era satisfeita apenas pelo direito.

A questão, para Sanchís é: não seria preferível mostrar de uma vez por todas que os operadores jurídicos são titulares de um poder de decisão, ainda que um poder de natureza distinta do legislador? E esse poder de decisão dos juízes e do legislador, por mais que se exerça no marco da Constituição, baseado no respeito aos direitos fundamentais e a soberania popular, não deixa de ser um poder de decisão. O direito segue ainda sendo mais o fruto da vontade do que da razão, mais fruto do poder do que da verdade. Os espaços de discricionariedade não são eliminados, nem na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo.

Como se pôde perceber, Luis Pietro Sanchís reconhece as mudanças que o constitucionalismo contemporâneo opera, em especial na teoria da norma, na teoria das fontes sociais e na teoria da interpretação. No entanto, na sua compreensão, todas essas transformações não são suficientes para que possamos deixar para trás o positivismo jurídico. Ao contrário, acredita que o positivismo jurídico é compatível, em seu desenvolvimento, com esses tipos de transformações.

De outra parte, a autora Italiana da Universidade de Gênova, Susanna Pozzolo, estabelecerá uma compreensão mais particularista acerca do neoconstitucionalismo. Como já afirmado neste trabalho, Pozzolo foi a primeira a utilizar o termo neoconstitucionalismo para destacar a existência de uma peculiar maneira de aproximação do direito ao compreendê-lo como um sistema de regras e princípios. Na sua visão, o neoconstitucionalismo está atrelado diretamente a um modelo próprio de Estado e também de Constituição. Dessa forma, só há sentido em falar-se de neoconstitucionalismo quando se está diante de um modelo axiológico prescritivo de Constituição como norma. Somente nesse caso seria possível falar de contraste singulares do constitucionalismo diante do positivismo jurídico e, ainda assim, não exatamente em superação do positivismo.

Para Susanna Pozzolo, o neoconstitucionalismo não é plenamente coincidente com o positivismo jurídico metodológico ou conceitual visto que não é uma doutrina descritiva, apresentando-se mais como uma política do direito constitucional, baseada, conforme já se advertiu, em um modelo prescritivo da Constituição como norma. Pozzolo adverte que não concorda com as teses que individualizam um modelo institucional especificamente neoconstitucional. Ao contrário, entende que as exigências interpretativas avançadas do neoconstitucionalismo são dependentes do modo pelo qual se concebe a Constituição.²³⁸

Assim, o quadro institucional em que se estabelece a doutrina neoconstitucionalista é o das democracias constitucionais caracterizadas por uma Constituição extensa e próspera em direitos fundamentais que aderem à concepção de que um sistema político justo deve respeitá-los. Nesse modelo a Constituição não é apenas norma de autorização e limite senão que apresenta um conteúdo, uma dimensão axiológica do jurídico, que sustenta todo o sistema. Assim, para os neoconstitucionalistas o arsenal jurídico positivista se torna obsoleto diante das novas exigências de um direito constitucional substancial e não apenas procedimental.²³⁹

²³⁸ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p.78.

²³⁹ *Ibid.*, p.82.

Susanna Pozzolo se propõe a analisar quais são os instrumentos estabelecidos pelo neoconstitucionalismo e se eles se revelam realmente superadores da abordagem juspositivista. Assim, como feito também por Sanchís, estabelece a análise daquilo que chama de "nós problemáticos" em torno dos quais giram as discussões atuais. O primeiro gira em torno ao tema da estrutura do ordenamento e da concepção de norma jurídica, o segundo respeita a neutralidade valorativa, o terceiro se conecta à ideia de que o neoconstitucionalismo implica uma especificidade da interpretação das normas constitucionais em relação às demais normas jurídicas.

a) Estrutura do ordenamento e concepção de normas jurídicas

Em uma reconstrução neoconstitucionalista o ordenamento jurídico se estruturaria em três níveis: regras, princípios e procedimentos.

O primeiro nível oferece a força vinculante das regras; o segundo, a plenitude do direito e o terceiro asseguraria a racionalidade de um sistema orientado por uma razão prática. É, na realidade, o segundo nível que representa, na visão da autora, uma novidade.

A positivação dos princípios permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação de um ideal moral, sendo que a justiça se transforma em um dos elementos de validade do sistema positivo. O direito obriga se o direito é justo. Assim, o conceito descritivo de validade como pertinência cede espaço a um conceito normativo, "já que a afirmação sobre a validade de uma norma comporta a expressão de um juízo de dever ser que implica razões para justificar ações ou decisões de natureza moral."²⁴⁰ (Perceba-se aqui a compreensão vinculada às teses de Robert Alexy)

Para a autora, a abordagem do tipo juspositivista visa descrever o funcionamento do direito, não dizendo nada em relação à obrigação política de respeito ao direito. Na perspectiva juspositivista o Direito vale porque vale, explicar porque razão será tarefa dos sociólogos, filósofos etc. Não interessa por que o direito vale, mas se o direito vale (Ressalte-se que Hart, com a introdução do ponto de vista interno, que funda a obrigação jurídica, contradiz esse tipo de compreensão em relação ao positivismo jurídico). Já para a abordagem neoconstitucionalista, o importante

²⁴⁰ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico..., p.83.

não é descrever, mas justificar o direito. Assim, pressupondo a obrigação política de obediência ao direito, prescreve a forma e o conteúdo que o direito deve ter para atendê-la. Para os neoconstitucionalistas e também para os jusnaturalistas, o direito vale se é justo, só obriga se for considerado moralmente correto. Para os neoconstitucionalistas, segundo Pozzolo, o juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que se considera positivada.

b) Neutralidade valorativa

A neutralidade valorativa é outro ponto de divergência entre o positivismo e o neoconstitucionalismo. Para este, o direito de um Estado Constitucional possui tamanha pretensão de justiça que não reconheceria validade a uma norma ou um sistema de normas que ultrapassasse os limites da equidade. Para o positivismo, especialmente, para o positivismo metodológico, a neutralidade valorativa é requisito para a cidadania científica. O modelo de Estado de Direito Oitocentista favoreceu a separação entre direito e moral em função da neutralização das pretensões de justiça operadas pelo princípio da legalidade, pela supremacia da lei ordinária no sistema das fontes e pela supremacia da vontade do legislador sobre a justiça.

No Estado Constitucional contemporâneo, especialmente por meio das Constituições do pós-guerra, prósperas em princípios e direitos fundamentais, ao contrário, observa-se a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária e, portanto, a subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça constitucionalmente previsto. Supremacia da Constituição, rigidez constitucional, constitucionalização do direito, aplicação direta da Constituição às relações privadas, imposição de obediência aos cidadãos e não somente ao Estado, caracterizam o constitucionalismo contemporâneo e, conseqüentemente, pregam a defasagem do arcabouço teórico juspositivista. A adoção do modelo prescritivo de Constituição como norma, própria do constitucionalismo contemporâneo, é uma opção, uma escolha, segundo Pozzolo. É o modo de conceber o papel e a função da Constituição que determina a reconstrução do modelo juspositivista.²⁴¹

²⁴¹ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico..., p.88.

Para Pozzolo, existem atualmente dois modelos ou tipos abstratos de Constituição: o procedimental e o substancial. As Constituições atuais, longas e densas, se caracterizam por reunir os dois tipos. Assim, na visão da autora, seriam possíveis diversas concepções de Constituição. A doutrina, no entanto, estabelece duas grandes concepções: a concepção prescritiva e a concepção descritiva de Constituição.

- **Concepção descritiva:** a Constituição é um dado do dever ser, um conjunto de regras jurídicas positivadas consideradas superiores ou fundamentais em relação às demais regras do sistema. A Constituição seria uma norma sobre o exercício do poder e sobre a produção do direito. Aqui, Constituição é moldura e garantia, estando direcionada aos órgãos que exercem o poder jurídico: submissão do juiz à observância da Lei e do legislador à legalidade. Essa concepção é própria do constitucionalismo de matriz liberal.
- **Concepção prescritiva:** Neste caso, Constituição designa um conjunto de regras positivas expressas e fundamentais em relação às demais regras e que atingem o *status* constitucional em razão do conteúdo que expressam. Constituição é somente aquela que exprime determinados valores. Essa concepção de Constituição não distingue entre o plano do ser e do dever ser. A Constituição constitui um acordo sobre valores fundamentais que uma vez positivados se irradiam por todo ordenamento jurídico. Assim, a Constituição, nessa perspectiva, exige não apenas o respeito, mas também o desenvolvimento, pelo legislador ordinário, dos seus conteúdos. Neste sentido afirma Pozzolo,

Desse modo, a Constituição não exige somente o seu respeito, não é somente um vínculo negativo para o legislador, mas também impõe o seu desenvolvimento ou a sua declinação positiva. As Constituições contemporâneas se caracterizam por uma força permeável intrínseca e geral que, unida a uma concepção prescritiva, implica a adequação do ordenamento (em sentido positivo, não somente de respeito) aos princípios de justiça ali expressos.²⁴²

²⁴² POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico..., p.90.

Nessa concepção ocorre a introdução da Constituição como documento jurídico, e não apenas político, no sistema das fontes do direito (a lei ordinária estará subordinada a critérios formais e materiais de validade do direito). A lei assume o encargo de atuação e desenvolvimento da Constituição. O juízo de constitucionalidade se estende e passa a ser cada vez mais concretizante e permeável e não apenas negativo, o que implica o abandono de qualquer postura descritivista. Deve-se atuar para a concretização dos princípios expressos na Constituição. A Constituição tem, assim, a tarefa de remodelar as relações sociais segundo uma concepção determinada de bem. A Constituição é, nesse aspecto, endereço vinculante, na sua ordem de valores, para o desenvolvimento da legislação, no ponto de vista da autora.

c) Especificidade da interpretação constitucional

Para o neoconstitucionalismo existe uma especificidade na interpretação constitucional. Pozzolo se propõe a fazer a investigação para descobrir em que sentido se dá essa especificidade. Para a autora, as exigências interpretativas peculiares se dão em função da forma que se concebe a Constituição.

Segundo Pozzolo, a especificidade pode ser baseada nos mais variados critérios, como, por exemplo, no critério do sujeito da interpretação. Essa especificidade dependerá da estrutura do ordenamento jurídico, mais especificamente, de se o juízo de interpretação é adotado em um sistema difuso ou concentrado de verificação da constitucionalidade. No entanto, para Pozzolo, se se quer considerar uma tese mais forte da especificidade, deve-se considerar a especificidade do objeto Constituição.

Para o neoconstitucionalismo, o objeto Constituição é configurado como um documento normativo diferente em relação à lei e que, assim, deve ser tratado de forma diversa. A Constituição, nessa perspectiva, constituiria uma espécie de ponte entre o discurso jurídico e o discurso moral, fazendo com que a interpretação não possa abrir mão da valoração ética.²⁴³ A diversidade do objeto "Constituição" se baseia na presença de princípios que necessitam de considerações morais para serem compreendidos.

²⁴³ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico..., p.98.

Na compreensão de Susanna Pozzolo, a interpretação moral da constituição implica que essa não possa ser considerada a norma mais elevada do sistema jurídico visto que a Constituição não fecha o sistema, já que pressupõe ser interpretada à luz de princípios superiores, supraconstitucionais. Surgem, ainda, dificuldades em relação à ideia de equilíbrio entre os poderes visto que caberá ao Judiciário, no neoconstitucionalismo, ser o intérprete consciente da mudança na interpretação e aplicação da Constituição. A Constituição neoconstitucionalista retira a tarefa das escolhas políticas do poder do legislador e aumenta o poder da jurisdição. É o chamado ativismo judicial que pode, para a autora, incorrer no risco de uma "ditadura dos juízes". Ainda, Pozzolo estabelece críticas em relação às decisões do juiz, na maioria das vezes em um juízo individual ou de poucos, contrariamente às decisões coletivas tomadas pelo legislador nas estruturas democráticas. É a crítica ao poder contramajoritário das instituições do Judiciário. Nas suas palavras,

A perspectiva neoconstitucionalista se baseia no "bom juiz dotado de bom senso". Contudo, do ponto de vista constitucionalista – legalista, seria melhor adotar a perspectiva do "bad man", já que o direito apresenta duas faces: uma de garantia e outra de opressão. Defender a prioridade de exigência de justiça concreta e substancial sobre a exigência de certeza, determinação e legalidade, portanto, da interpretação moral sobre a *dura* aplicação da lei parece andar bem até que se encontra diante do "bom juiz dotado de bom senso", mas deve ser claro que a dimensão legalista do direito se dissolve, e permanece dissolvida, ainda quando não seja um bom juiz aquele convocado para julgar.²⁴⁴

O modelo de "Estado de Direito" é constituído em torno do princípio da legalidade, da secularização do jurídico como coisa à parte da justiça. O termo legalista designa uma ideologia de legalidade que identifica a aplicação da lei com a separação de poderes e uma Constituição escrita e garantida por um juiz legal. Aqui se estabelece a distinção entre direito positivo e a pretensão de justiça substancial, identificando a legalidade como critério de juridicidade.

Já, o modelo de "Estado de Direito Constitucional" vive a dimensão legalista, mas também a constitucionalista, que necessita de uma abordagem ponderativa ou dúctil no uso do direito devido à presença de princípios morais positivados no ordenamento. Na abordagem neoconstitucionalista esses princípios só seriam

²⁴⁴ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico..., p.103.

compreensíveis à luz de uma concepção de direito que não pretenda separar direito e moral. Os princípios estabeleceriam uma mudança no código genético do direito positivo. A desvinculação entre direito e moral deslegitimaria o próprio direito.

Assim, para a autora, a peculiaridade do direito no Estado Constitucional é a introdução de princípios no sistema jurídico, o que faz com que a ideia de subsunção, própria para a aplicação das regras no positivismo, se torne insuficiente para a aplicação dos princípios, em uma sociedade complexa que multiplica cada vez mais os conflitos de natureza ética e a exigência de justiça na realidade concreta. Nessa perspectiva, a técnica mais apropriada para a aplicação dos princípios seria a da ponderação e do balanceamento. A autora, no entanto (e neste ponto comunga com o pensamento de Sanchís), entende que existe uma imprecisão sobre o que são exatamente princípios e, também, que a ponderação é mais uma técnica de aplicação do direito do que, propriamente, de interpretação. Pozzolo supõe que quando se usa a ponderação ou o balanceamento no conflito entre dois princípios, já ocorreram a interpretação e o entendimento sobre o significado de cada um deles, a ponderação apenas escolhe a qual dessas normas dar aplicação. Para a autora, também a subsunção acontece neste caso, visto que, depois de ter ponderado, o interprete subsume o caso a partir da norma a qual ele decidiu dar aplicação.

Pozzolo conclui que o neoconstitucionalismo é uma doutrina particularista e teme os efeitos que isso pode trazer sobre o constitucionalismo como doutrina de limitação do poder. O modo de conceber conflitos entre princípios (que se resolve em uma hierarquia axiológica móvel, ainda que guiada por critérios que reduzem a indeterminação) corre o risco do particularismo. Ao afirmar que a justiça ou a moral fazem parte dos critérios de validade, o neoconstitucionalismo sugere que a tese argumentativa seja a única ou aquela correta. No entanto, a argumentação é uma prática persuasiva e sujeita a contingências que moldam o caso, o tempo histórico, o grupo social, as ideologias dos juristas e dos participantes. E, na opinião da autora, é ainda uma decisão autoritária que determina o sentido específico dos princípios em conflito e o resolve construindo entre eles uma hierarquia axiológica. Para Pozzolo, o neoconstitucionalismo exige um maior esforço argumentativo do intérprete, o direito se torna mais fluído e diminuem-se as áreas de certeza, aumentando, assim, a tarefa da jurisprudência. No entanto, embora o neoconstitucionalismo chame a atenção para o fato, não oferece, concretamente, na sua opinião, nenhum caminho de solução.

Observa a autora que um dos pontos críticos, sobre o qual gira o debate acerca do positivismo jurídico é aquele da noção de aceitação, que é a característica do ponto de vista interno Hartiano, reivindicado como prioritário e necessário pelo neoconstitucionalismo. Para este (neoconstitucionalismo), a noção de aceitação não pode menosprezar o elemento moral, reduzindo-se, assim, a tese positivista da separação entre direito e moral. Susanna Pozzolo, no entanto, entende que da tese hartiana, de caráter conceitual, decorrem dois conceitos de regra, um jurídico e o outro moral. Desse modo, a ideia de que não existe uma relação necessária entre o direito e a moral é verdadeira no contexto do sistema juspositivista. A tese das fontes indica que a coincidência da identificação do direito com a moral, representa um evento contingente. No entanto, a natureza do elemento moral na tese da separação pode ter caráter objetivo ou subjetivo.

Se se adere a uma forma de objetivismo moral, o direito é um fenômeno social de conteúdo contingente, enquanto a moral tem um conteúdo necessário. Assim, resta defendida a tese da separação. Se, no entanto, se afirma que a retidão moral depende da crença e abordagem humana, sendo, portanto, subjetiva, pode-se também evitar falar de retidão moral com base em um pressuposto emotivo forte ou de outros tipos de não cognição ética.

A relação entre o direito e a moral social, entendida como relação de fato, não é negada pelo positivismo. A conexão contingente é entre o direito e a moral social. O refinado positivismo hartiano procurou conciliar a tese da separação. O positivismo hartiano não nega que o direito seja um sistema coercitivo, mas afirma que o direito não se limita a isso. Hart sublinha a necessidade de considerar o papel que desempenha a obediência espontânea e o uso voluntário das normas. Hart não nega nem que o direito possa ter conteúdos conformes à moral positiva, mas o fato de que este reproduza ou satisfaça exigências da moral é um dado apenas contingente. A reflexão sobre o caráter obrigatório do direito e a reflexão sobre o conceito do direito são coisas diversas entre si, o que parece ignorado pelo neoconstitucionalismo, na visão da autora.

A reformulação do ponto de vista interno da perspectiva neoconstitucionalista é funcional para sustentar a tese segundo a qual também as razões jurídicas, como razões para agir, são fundamentalmente razões morais, e assim, quem aceita o direito o faz por razões morais. Nesse sentido a tese da separação perderia espaço.

O posicionamento de Pozzolo é bastante semelhante ao posicionamento anteriormente relatado sob o ponto de vista de Pietro Sanchís. A perspectiva neoconstitucionalista se justifica em seus postulados quando se refere a um tipo ou modelo próprio de Constituição vinculada a um determinado modelo de Estado, ou seja, o modelo prescritivo e axiológico de Constituição em funcionamento no modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito. Essa posição equivale a afirmar que o neoconstitucionalismo não define propriamente um modelo jurídico original, mas antes define uma política do direito. A perspectiva do positivismo ético.

4.2 NEOCONSTITUCIONALISMO "COM" OU "CONTRA" O POSITIVISMO JURÍDICO?

Conforme se pode depreender de tudo que já foi estabelecido até aqui, é possível afirmar que o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, nasce inicialmente ligado a uma concepção de desenvolvimento não-positivista ou pós-positivista²⁴⁵ do direito. No entanto, alguns teóricos defensores do positivismo avançado ou com qualificativos entendem ser possível a sua harmonização para com o positivismo jurídico, condição negada por vários doutrinadores que compreendem ter o positivismo, mesmo na sua versão avançada, sido superado pelo constitucionalismo contemporâneo, hipótese que se defende nesta tese, baseada justamente na constatação desta superação.

Conforme já esclarecido no Capítulo III deste trabalho, o positivismo jurídico avança com o desenvolvimento das vertentes do positivismo exclusivo e principalmente, com o chamado positivismo inclusivo ou incorporacionista, embora se possa acrescentar a estes desenvolvimentos, também a versão mais recente de renovação do positivismo ético, desenvolvida por Tom Campbell.

²⁴⁵ Por isso mesmo, o termo neoconstitucionalismo muitas vezes se confunde com o que a doutrina chama de pós-positivismo. Este sim, demarca uma compreensão do Direito que supera as teses e explicações positivistas. No entanto, o termo neoconstitucionalismo passou, com o tempo, a ser adotado também por autores que aderem a uma perspectiva positivista mais refinada, o que acaba por gerar algumas confusões e equívocos, os quais, se pretende, sejam melhor esclarecidos neste trabalho no sentido de que o mesmo postula ter o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo superado qualquer perspectiva positivista do Direito.

Os motivos que levam determinados autores a entender pela possibilidade de conciliação entre o neoconstitucionalismo e o positivismo jurídico avançado, no sentido de que este, ao aceitar a possibilidade de uma conexão contingente entre a moral e o direito, acaba por harmonizá-lo com a nova configuração constitucional contemporânea, giram em torno aos mais variados aspectos, conforme foi possível depreender-se dos posicionamentos de Luis Pietro Sanchís e Suzanna Pozollo. Contudo, se faz necessário elencar, de maneira mais sistemática, como pontos principais, os seguintes:

a) A compreensão de princípios como normas jurídicas

Este é um dos aspectos fundamentais que faz com que a doutrina compreenda que a ideia de princípios opera uma transformação na teoria normativa do direito. Nesse sentido, alega-se a insuficiência do positivismo jurídico e do conceito hartiano de regra secundária de reconhecimento, para dar conta da compreensão, identificação e aplicação desses novos padrões, agora jurídicos, que são os princípios.

Conforme visto, esse foi um dos principais argumentos de Ronald Dworkin quando desferiu o seu conhecido "ataque" à versão mais avançada de positivismo jurídico, ou seja, a versão Hartiana. O positivismo, por entender o direito como um sistema complexo de regras (primárias e secundárias), não estaria preparado para identificar o padrão normativo dos princípios em função da utilização da chamada regra secundária de reconhecimento, visto que os princípios não se reconhecem em função do *pedigree*. Ao contrário, esses podem derivar de outras fontes, além da Constituição e das leis. É prudente ressaltar que a ideia de princípios como norma é ainda questionada, no sentido de não ser exatamente clara a distinção entre princípios e regras, por mais que tenha ocorrido um desenvolvimento doutrinário estabelecendo que às diferenças quantitativas ou de grau entre regras e princípios devem ainda ser aduzidas as diferenças de índole qualitativas ou lógicas.

Por outro lado, o avanço e desenvolvimento da doutrina positivista, especial e paradoxalmente operado pelo positivismo hartiano, estabelecem uma possibilidade de harmonização entre o constitucionalismo contemporâneo e o positivismo, no sentido de que, conforme já se afirmou neste trabalho, em seu pós-escrito (em resposta principalmente a Dworkin), o próprio Hart admite que a regra de reconhecimento de sua teoria pode, ainda que circunstancialmente, abrigar critérios morais para identificar as normas de um sistema jurídico. Essa afirmação de Hart

será reproduzida e reinterpretada pelos mais diversos autores positivistas, no sentido de desenvolver teorias positivistas conciliatórias e, portanto, não opostas ao constitucionalismo contemporâneo, como seria o caso, por exemplo, do positivismo jurídico inclusivo, sendo que esta versão mais refinada do positivismo jurídico não encontra problemas em reconhecer os princípios como padrões normativos e não vê, neste fato, nenhum empecilho para o desenvolvimento do próprio positivismo, ainda mais se se toma em consideração que a tese fundamental da separação entre o direito e a moral continua preservada (o fato circunstancial que em determinados sistemas a moral esteja incorporada como um critério de identificação do direito na própria regra secundária de reconhecimento, não implica que, necessariamente, o direito sempre se defina vinculado à moral). De outra parte, vale ressaltar que Hart jamais desconheceu a existência destes "padrões outros", que hoje se reconhecem como princípios normativos, e que interferem na decisão dos juízes nos casos de zona de penumbra, embora não tenha Hart admitido que estes "padrões outros" pudessem ser essencialmente reconhecidos como parte integrante do próprio direito.

Já se afirmou alhures que, para Hart, as zonas de penumbra constituem exceções dentro do sistema jurídico e que, portanto, o direito é parcialmente indeterminado, sendo que a função da ciência jurídica continua para o autor, a ser essencialmente descritiva, o que lhe preserva uma determinada neutralidade. Hart jamais abriu mão da noção de que a teoria do direito deve descrever e não prescrever acerca do fenômeno jurídico. Ainda quando se trate de reconhecer a importância do ponto de vista interno, desvelado pela perspectiva hartiana, a sua ideia prevalente é a de que também esta perspectiva interna ou do participante deve ser descrita pela teoria do direito.

b) A compreensão acerca dos limites do direito

Absorvida a questão de princípios como um padrão jurídico normativo, o que nunca foi admitido por Hart, surge ainda, como consequência desta ideia, a questão acerca da existência ou não da discricionariedade judicial, tema que vai ampliar o campo de discussão entre positivistas e neoconstitucionalistas.

Na visão do positivismo avançado hartiano, como se sabe, o juiz, nos casos de penumbra, decide de acordo com padrões outros, não jurídicos, o que, ressalte-se, não significa que este decida arbitrariamente, ou de acordo com sua própria visão e valores subjetivos. Ao contrário do que compreendeu Dworkin, a noção de

discrecionalidade em seu sentido forte não é adotada por Hart. Para o autor inglês, o juiz deve decidir excepcionalmente, como se fosse um legislador consciencioso e portanto, criar, restritivamente, o direito. Mas, ao decidir nas zonas obscuras, Hart singulariza que o juiz não deve se esquecer das lições do passado ou dos precedentes existentes, da doutrina e dos ensinamentos do direito, e tampouco pode tomar uma decisão como se estivesse somente amparado pela sua consciência individual e subjetiva do que é bom e justo, sem ter a percepção de que estes conceitos estão também construídos culturalmente e, portanto, contingencialmente. Não obstante, o juiz toma uma decisão com base em padrões extrajurídicos e com ela exerce um papel criador no direito. Já, o constitucionalismo contemporâneo, partindo de uma compreensão mais dilatada do direito, entende o sistema jurídico como um sistema completo, no sentido de que os espaços de discrecionalidade desaparecem quando se passa a reconhecer a existência normativa dos princípios. Assim, o juiz, nos chamados *hard cases*, ao tomar sua decisão, apela exatamente àqueles padrões ou critérios outros, agora reconhecidos como princípios normativos, dos quais já falava Hart, mas que, como normas, passam a ser parte integrante do sistema jurídico. Em outras palavras, o juiz não cria o direito, mas antes o descobre. Para boa parte das doutrinas positivistas mais avançadas hoje, este continua a ser um ponto intrigante, visto que os positivistas, mesmo avançando e refinando a sua teoria no reconhecimento dos princípios como normas e no reconhecimento de uma conexão contingencial entre o direito e a moral, não acreditam, em sua maioria, na tese da inexistência da discrecionalidade jurídica. Ao contrário, continuam convencidos que, em última análise, o juiz, quando desenvolve um raciocínio prático de argumentação na resolução dos casos difíceis, mesmo com base em princípios normativos, acabam tomando uma decisão, ao escolher o princípio conflitivo a ser aplicado, em um ato patente de poder.

Perceba-se que, curiosamente, para os positivistas, a noção e o reconhecimento da existência de princípios normativos (por ser esta sempre conflitiva) ao invés de resolver o problema da discrecionalidade, acabam na realidade intensificando-o, como se os princípios acabassem, ao invés de solucionar o problema da discrecionalidade, abrindo as portas para a possibilidade de se tomar decisões de caráter potencialmente discricionário. Os princípios serviriam, então, apenas para matizar o poder de decisão subjetiva dos juizes, que acabariam por concretizar, na realidade, uma espécie de decisionismo a ativismo judicial arbitrário. Parece igualmente curioso que em muitas ocasiões se esquece, ou se quer esquecer, que inclusive, as doutrinas não

positivistas ou pós-positivistas, como a de Alexy e de Dworkin, foram construídas a fim, justamente, de desenvolver caminhos que mostrem que a discricionariedade não cabe no espaço de tomada de decisões judiciais, e não o contrário. Como se sabe, a fórmula desenvolvida por Alexy, para tal, é a ideia de ponderação entre princípios e os métodos e as fórmulas que ele oferece para demonstrar a racionalidade do processo de argumentação e decisão do juiz. Por sua vez, Dworkin desenvolve, com a mesma finalidade, a teoria do direito como interpretação e a concepção de integridade, também para demonstrar a racionalidade operativa do processo de decisão judicial, que não comporta, frise-se uma vez mais, espaço para a discricionariedade judicial.

c) A questão hermenêutica

As colocações anteriores levam a uma questão hermenêutica. Partindo do pressuposto da existência de princípios como normas, e dado ao reconhecido caráter de abstração, abertura e recorrência valorativa que eles carregam, torna-se necessário estabelecer uma nova hermenêutica, capaz de orientar e dar fundamentação, com certa precisão, à tomada de decisão dos juízes diante de um caso concreto que implique a tensão entre princípios conflitivos. Ou seja, aponte diretrizes para a questão de como os juízes devem proceder no raciocínio estabelecido para a resolução dos casos, quando se encontram diante da possibilidade de aplicação conflitiva e tensa entre os princípios invocados, a partir das características fáticas de cada situação. O caráter principiológico das Constituições atuais e, principalmente, a consciência da impossibilidade de se cindir a interpretação da própria aplicação exigem que se desenvolva uma teoria da argumentação jurídica e se estabeleça, de maneira singular, uma teoria da adjudicação, o que fora relegado a um segundo plano pelo positivismo jurídico. Os cânones hermenêuticos²⁴⁶ estabelecidos pelo positivismo jurídico se mostram insuficientes diante da realidade imposta pelos princípios hoje.

²⁴⁶ Por Cânones hermenêuticos do positivismo jurídico, se quer significar e referir às técnicas interpretativas baseadas essencialmente na apreensão objetiva da linguagem do texto, dentro ainda de uma perspectiva semântica ou mesmo sintática (seja na busca da vontade da lei ou da vontade do legislador), portanto, isoladamente do contexto em que se produz esta linguagem. Os cânones tradicionais da interpretação jurídica se encontram vinculados ao esquema da relação sujeito-objeto. Com a virada linguística, mais especificamente, como o giro pragmático, o esquema sujeito-objeto perde sentido, conforme explica Lênio Streck, "Ou seja, não há um sentido escondido na norma/ texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como

De fato, o avanço da doutrina positivista no entendimento do direito como um sistema complexo de regras, cuja compreensão se encontrava ainda vinculada ao esquema sujeito – objeto, acabou por não desenvolver com a ênfase adequada, uma teoria hermenêutica. Some-se a isso, conforme já se afirmou em outras ocasiões, que para o positivismo os *hard cases* eram vistos como exceções dentro do sistema. Hoje, ao contrário, em face do caráter hermenêutico que assume o direito, percebe-se que este é eminentemente um saber prático.

Assim, diante da realidade normativa dos princípios e do fato de que o direito assumem um caráter propriamente hermenêutico, o que já pôde começar a ser percebido desde o fim da Segunda Grande Guerra, em função do papel singular que assume a atuação e intervenção por parte das Jurisdições constitucionais, surge a necessidade de desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica e da Adjudicação, como parte necessária da compreensão mesma do direito. No mesmo sentido explica Lênio Luiz Streck,

É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem (*linguistic turn*, que, no plano da hermenêutica filosófica, prefiro chamar de *ontologische Wendung* – giro ontológico), a partir de uma pós-metafísica (re) inclusão da faticidade que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão (*hermeneutische Zirkel*). Destarte, esse *déficit* de realidade produzido pelas posturas jusfilosóficas ainda prisioneiras do esquema sujeito-objeto será preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando o *locus* da compreensão no modo-de-ser e na faticidade (mundo prático), bem na linha da viragem ocorrida a partir de Wittgenstein e Heidegger. Assim, salta-se do *fundamentar* enquanto busca de um *fundamentum inconcussum*, em direção do compreender, onde este – o compreender – não é mais um agir do sujeito, mas, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. E isso é extremamente ruptural.²⁴⁷

um objeto que possa ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente. *O que ocorre é que, desde sempre, o 'sujeito interpretante' está inserido no mundo, em um mundo linguisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição.* Somente compreendendo é que se pode interpretar." (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.233/234). Observe-se, também, que o positivismo mais refinado de Herbert Hart já se encontra sob influência do giro linguístico pragmático, por isso mesmo, o autor aperfeiçoa o positivismo percebendo e descrevendo o ponto de vista interno do Direito e também o seu inerente caráter de indeterminação.

²⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o "problema da discricionariedade dos juízes"**. Disponível em: http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 16 mar. 2011.

Isso posto, é possível afirmar-se que, a uma primeira vista de análise, os muitos avanços da doutrina positivista, especialmente por meio do chamado positivismo jurídico inclusivo, parece conseguir promover uma harmonização ou adaptação para com a nova realidade do Estado Constitucional e Democrático de Direito. No entanto, diante de uma observação mais apurada se poderá perceber que o que realmente ocorre não é a adaptação do positivismo jurídico ao constitucionalismo contemporâneo, por meio do desenvolvimento de sua doutrina. Ao contrário, o que acontece na realidade é que a doutrina positivista avança e aperfeiçoa-se tanto que, ao desenvolver-se, acaba por abrir mão dos seus próprios postulados identificadores, principalmente, no que tange à compreensão das relações entre o direito e a moral.

Assim, ainda que se possa constatar que, nas últimas décadas, a própria teoria do direito de caráter positivista desenvolveu-se a ponto de abandonar a defesa de um rigorismo meramente formal, ao reconhecer o direito como um complexo sistema de regras, e não de todo destituído de possibilidades de contato para com a moral e a política, ainda assim, as mudanças percebidas atualmente apontam para uma superação da ótica positivista de se compreender e conceituar o direito.

Em face das transformações do constitucionalismo contemporâneo, não há mais como conciliar-se o positivismo com a constatação de que o direito mantém, hoje, relações necessárias ou conceituais com a moral. Essas relações necessárias acabaram sendo matizadas pelo positivismo avançado quando este abriu a possibilidade de reconhecê-las apenas em caráter contingencial, mas a realidade atual mostra outra exigência diante das novas necessidades de uma sociedade hipercomplexa e que especializa exponencialmente as possibilidades de demanda ante os Textos constitucionais contemporâneos.

4.3 NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DEFINITIVA DA PERSPECTIVA POSITIVISTA DO DIREITO

Perceba-se que as tentativas atuais de conciliar o positivismo jurídico e constitucionalismo, ainda que partam das vertentes mais avançadas, que acabaram por produzir um refinamento doutrinário importante do próprio positivismo, são esforços singulares que apenas camuflam uma realidade que se impõe, qual seja, a

de que em tempos de neoconstitucionalismo, toda tentativa doutrinária que procure desconhecer ou minimizar o fato de que as relações entre a moral e o direito são relações necessárias, sucumbem diante desta mesma realidade. O neoconstitucionalismo, assim, só pode ser apreendido de maneira adequada dentro de uma perspectiva pós-positivista, que implica a ideia de uma ruptura e, portanto, de uma ultrapassagem da mentalidade positivista, ainda que dentro de uma perspectiva mais refinada ou avançada do mesmo. Por isso, as argumentações que se seguem retomarão algumas das principais ideias das teorias do positivismo avançado a fim de que se possa perceber o descompasso, apesar do refinamento teórico que lhes dá suporte, para com a realidade do constitucionalismo contemporâneo.

a) Quanto ao positivismo inclusivo ou incorporacionista

Relembre-se, no caso da vertente do Positivismo jurídico inclusivo, tema já abordado neste trabalho, que a principal alegação para se manter a ideia de harmonização entre o positivismo jurídico e o constitucionalismo contemporâneo é a de que esta vertente avançada da teoria positivista admite que critérios morais possam fazer parte da regra de reconhecimento, empregada para identificar como jurídicas as demais regras do sistema. O que não impede que em outros sistemas ou em outras ocasiões isso possa vir a não ocorrer, mantendo, portanto, intacta a tese da separação conceitual entre o direito e a moral.

Ainda, quando se assume a versão mais radical do positivismo inclusivista, ou seja, a tese do incorporacionismo, a compreensão passa a ser a de que esses padrões morais exigidos como critério de reconhecimento e validade das demais normas do sistema, uma vez previstos na regra de reconhecimento, acabam por se incorporar ao próprio direito, servindo não apenas como padrão de identificação das demais regras do sistema, mas também desempenhando um papel importante na aplicação do direito. Nesse sentido, a moral passa a ser reconhecida como fonte do direito, no caso, conciliado com a adoção de um objetivismo moral (ou seja, não é uma moral qualquer ou subjetiva que o direito incorpora, mas uma moral objetiva).

Ora, não é possível aderir à ideia do positivismo incorporacionista sem pressupor, como desejam os seus autores, o reconhecimento de uma relação necessária entre o direito e a moral, e não apenas uma conexão contingente entre ambos. O fato de que a moral se incorpora ao direito, quando explicitamente prevista como critério da regra de reconhecimento, faz com que a compreensão do direito

não possa dar-se sem o apelo a padrões morais que o mesmo incorpora. Se os positivistas inclusivos são capazes de admitir que isto acontece, será preciso que se reconheça também, até para se manter uma coerência lógica, que as relações entre direito e moral são necessárias e não apenas contingentes.

O argumento de que é possível que existam sistemas em que não se opere este tipo de conexão se mostra absolutamente impensável se compreendemos que o direito hoje, caminha, por meio do próprio constitucionalismo e do reconhecimento cada vez maior de direitos, para conquistas não mais passíveis de retrogradação. Se é possível falar em tendência atual à constitucionalização, ou melhor, em uma perspectiva de potencial constitucionalizabilidade (reconhecendo a possibilidade de que em todo ordenamento existem graus de constitucionalização que vão sendo preenchidos, e que há portanto um potencial à constitucionalização), não há que se falar em relações apenas contingentes ou circunstanciais entre o direito e a moral.

b) Quanto ao positivismo exclusivo

O positivismo exclusivo, por sua vez, postulará pela continuidade do modelo descritivo próprio da teoria positivista. Para o positivismo exclusivista, que encontra, conforme já abordado, em Joseph Raz o seu principal construtor, o que concretamente define e identifica o direito é essencialmente a teoria das fontes sociais e não as suas eventuais relações para com a moral. Assim, o direito é sempre uma questão de fatos sociais. O que define e valida o direito é o fato social de sua criação, independentemente de qualquer referência ou não a critérios morais de validade. E, ainda que ocorram critérios morais de validade para identificar o direito, contidos na regra de reconhecimento, é o fato ou a convenção social (convenção socialmente aceita) que a origina, o que determina a validade das demais regras do sistema. Para Raz, é possível que o juiz aplique a moral na resolução do caso concreto sempre que o direito o autorize, mas, o que o juiz faz, nesta situação, é apenas aplicar a moral, como um padrão extrajurídico e não o direito. Para o autor, as normas jurídicas são razões excludentes para a ação (razões de segunda ordem) e, portanto, já se encontram plenamente justificadas de *per si*, sem que exista a necessidade de sopesamento de qualquer razão outra, como as de índole moral, por exemplo.

Perceba-se que Joseph Raz reinterpreta Hart, mas de uma maneira mais radicalmente positivista e menos branda, entendendo que a moral, ao contrário do que nos mostra a realidade atual, não desempenha qualquer papel significativo no

direito. Com isso, Raz mantém e reforça a tese das fontes sociais do direito e também a tese da discricionariedade judicial, de uma forma muito mais intensa que Hart, visto que, como se disse, ainda que as normas, sendo razões excludentes, autoritativas e justificadas, não consigam evitar, o que poderia acontecer excepcionalmente, ou seja, o uso de razões outras como as de índole moral, isso só aconteceria por uma autorização do próprio direito para o uso restritivo da moral, dentro de um espaço de discricionariedade. Assim se pode perceber que Raz discorda da ideia de princípios normativos e julga que as normas já se encontram justificadas o suficiente para elidirem qualquer apelo à razões morais ou de outra ordem na sua aplicação, o que denota que a sua concepção atende e mantém a ideia de cisão entre juízos de justificação e juízos de aplicação.

No entanto, esta não parece ser a melhor compreensão de funcionamento dos sistemas jurídicos atuais. A realidade mostra que o direito não pode prever, por meio de sua instrumentalização normativa, todas as hipóteses de cabimento e aplicação da lei, de tal forma que parece destituída de senso de realidade a afirmação no sentido de que as normas jurídicas sejam, efetivamente, razões excludentes para a ação e que, se porventura não o são, isso só acontece excepcionalmente. Diante da realidade normativa dos princípios, este tipo de excepcionalidade tende a aparecer com uma frequência capaz de desvirtuar tal afirmação.

c) Quanto ao positivismo ético

É possível, ainda, pensar na alternativa do positivismo ético, revitalizado por Campbell conforme já demonstrado em item próprio, para verificar que o que defende Campbell é na verdade uma visão política substantiva, boa e justa na construção da ordem jurídica, dentro de um Estado Democrático de Direito, que tome em consideração a necessidade de clareza dos dispositivos legais e de segurança jurídica. O fato de o direito ser compreendido em separado da moral não quer significar, para o autor, que não ocorram conexões, ou melhor, que o direito deva ser visto independentemente dos seus méritos. A tese da separabilidade entre o direito e a moral não implica necessariamente a tese da separação. No entanto, mais uma vez, a função de criação e a função de aplicação das normas devem ser mantidas separadas. Ainda mais quando se pensa na impossibilidade, em uma sociedade complexa e pluralista, de que se produzam acordos morais capazes de se tornarem padrões de conduta a serem seguidos, sem o prejuízo da clareza e do direcionamento correto das mesmas.

Assim, o positivismo ético retomado por Campbell busca, na realidade, definir uma teoria moral sobre o próprio exercício do Poder político a fim de que este possa ser capaz, por meio de seus órgãos próprios, de criar um sistema jurídico que, ao primar pela clareza e objetividade de suas normas, possa também atender às exigências de justiça da sociedade. Essas afirmações denotam que para o positivismo ético não existe nenhuma relação necessária entre a moral e o direito. É a ordem política e não propriamente a ordem jurídica, que deve zelar para que esta traduza-se em uma ordem segura, clara e justa.

Ressalte-se que, atualmente, não há o menor sentido em se pensar na possibilidade de existência e desenvolvimento de um constitucionalismo que não esteja imantado por princípios normativos e pelo reconhecimento de que todo e qualquer ordenamento jurídico deve portar sempre uma pretensão de correção material e substantiva, que é, conforme já se afirmou anteriormente, sempre uma pretensão de justiça (argumento desenvolvido por Alexy, para justificar as relações necessárias entre o direito e a moral).

Não cabe mais pensar em constitucionalismo, ou no papel desempenhado pelas Constituições contemporâneas senão no sentido que o direito se encontra comprometido com valores e opções políticas em um sentido emancipatório de realização das prerrogativas inerentes aos direitos fundamentais e à dignidade humana. É necessário entender que para definir ou conceituar o direito, hoje, é preciso tomar em conta que este deve estar conceitualmente ligado à realização de determinados valores morais, no cumprimento de determinadas finalidades, que ultrapassam o valor segurança jurídica, sem, no entanto, desconhecê-lo.

O direito deve cumprir uma função emancipatória, estando comprometido com a realidade complexa da qual ele surge e para a qual ele retorna a fim de melhorá-la. Não se trata de identificar-se neste fato, um retorno ao jusnaturalismo, visto que a ideia de princípios não nos remete a nenhuma concepção metafísica do que o direito deve ser. Muito menos se deve compreender que o positivismo se revitaliza a ponto de desistir de suas principais teses de identificação, a fim de acolher uma realidade que não se enquadra em seus postulados.

Ao contrário, o que se pode observar, é que estamos diante de um momento de rompimento estrutural e de profundas mudanças na maneira de se conceituar e se compreender o próprio direito. Não é exatamente um momento de crise, visto que, se as velhas estruturas já se constatarem ultrapassadas, o novo já surgiu, precisando

apenas ser acolhido em uma melhor compreensão por parte de todos aqueles responsáveis, de uma ou outra forma, pelo construção do direito.

Não se pode desconhecer que a realidade normativa dos princípios, hoje elevados à categoria de princípios constitucionais, exige uma nova compreensão de sentido que se deve atribuir ao direito. Não parece que atualmente se esteja diante do querer ou possibilidade de optar-se ou não por tal ou qual conteúdo que o direito queira e possa carregar. Os direitos fundamentais em seu apelo às considerações morais e éticas constituem a própria concepção de direito como sistema jurídico. Nesse sentido, Menelick de carvalho Neto,

Os direitos fundamentais – afirmação de liberdade e igualdade – são hoje constitutivos da própria *forma do direito*- que não pode mais ser entendido como uma “casca vazia”, capaz de comportar qualquer ordem baseada na legalidade, como no modelo Kelseniano, que guarda uma *conexão interna com a Democracia*.²⁴⁸

Está-se, enfim, em tempos de pós-positivismo, em que se vislumbra o acontecer do protagonismo constitucional. Ignorar essa realidade e os desafios que ela impõe equivale a renunciar ao exercício de um direito, o de fazer com que o próprio direito se transforme em um instrumento dinâmico e vivo, e que, por isso mesmo, só possa ser estabelecido a par da concretude do mundo da vida e das suas constantes contradições, na realização de um único objetivo ou finalidade como o qual o direito, agora, por uma questão de identidade, deve estar necessariamente comprometido, o de emancipar o indivíduo e de realizar a justiça. Com a consciência que esta missão só pode ser cumprida a partir de uma prática jurídica que una texto e contexto, preservando a diversidade e pluralidade de condições em que a igual consideração e respeito, para usar uma expressão Dworkiniana, podem se realizar.

²⁴⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito...**, p.99.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As profundas transformações ocorridas no mundo hoje, aumentam a exigência por um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico. O positivismo jurídico tradicional e também o desenvolvimento de sua versão mais avançada, conforme já demonstrado em capítulo próprio, tem se mostrado cada vez mais insuficiente para atender às novas demandas de uma sociedade global, plural e complexa. Na sociedade atual, complexa e contraditória, as multiplicações de necessidades, o reconhecimento de novos direitos, a convivência paradoxal entre produtividade do capital e aumento do desemprego, interação social e proliferação de códigos e multiplicidades culturais, a sofisticação tecnocultural e aumento da miséria e da exclusão, para citar apenas alguns entrecruzamentos trazidos, entre outros motivos, pela aceleração histórica produzida pela globalização, mostram que já não podemos olhar o novo com as mesmas lentes de outrora. Nesse sentido Cárcova nos alerta,

*Desarrollo tecnológico que habilita otras formas de la comunicación humana; comunicación que acelera y transforma los flujos, produciendo impacto en las percepciones y en los procesos cognitivos; circulación del poder y del control; riesgo e posibilidad, he aquí otras dimensiones de la complejidad en la que estamos inmersos y que supone desafíos de muy diversa índole, entre otros, desafíos para las estructuras institucionales conocidas y las formas tradicionales de regulación de las relaciones sociales; desafíos, consiguientemente, para la teoría y los teóricos del Derecho. Desafíos, por último, para la comprensión de tan sofisticados procesos y de las formas de legalidad que a ellos corresponden, que se toman, por razones estructurales, progresivamente más opacas.*²⁴⁹

As teorias contemporâneas que tentam estabelecer esse novo olhar e que, para tanto, dão importância especial aos problemas da indeterminação do direito e as relações intrínsecas entre o direito, a moral e a política são chamadas de pós-positivistas.²⁵⁰

²⁴⁹ CÁRCOVA, Carlos Maria. Complejidad y Derecho. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v.21, n.2, p.67, 1998.

²⁵⁰ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo.

O intitulado pós-positivismo, conforme já destacado, contrasta com o positivismo “tradicional” e também com as teorias mais refinadas do positivismo jurídico, entre outros aspectos, principalmente porque entende haver uma relação necessária entre direito e moral sendo que esta, embora não se confunda com o direito, mantém com o mesmo uma permanente e estreita relação. As Constituições contemporâneas, ao incorporarem princípios abstratos, como normas jurídico-constitucionais, operam de maneira inexorável esta conexão. Assim, o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo e o processo de constitucionalização que o implica, estruturam esta nova perspectiva que impende a necessidade de deixar-se a mentalidade do positivismo jurídico para trás, sem deixar de reconhecer a importância e os avanços que tal teoria construiu e desenvolveu até aqui. Não se chegaria ao reconhecimento deste novo tempo do direito sem a construção e o desenvolvimento das tensões passadas, especialmente sem os frutos e resultados de um constante debate entre positivismo e jusnaturalismo.

Não se trata, portanto, de afirmar equivocadamente, o abandono do direito positivo, mas sim, o abandono da mentalidade que estruturou o desenvolvimento jurídico do positivismo. O abandono da prevalência da forma em relação ao conteúdo, da prevalência da descrição em detrimento da prescrição, da ideia de que o que o “*direito é*” é diferente do que o “*direito deve ser*”, sem ter que para isso abrir-se mão da possibilidade de crítica ao direito. O abandono, enfim, da condição de isolamento da ciência do direito para com os demais saberes e, em especial, para com a filosofia, a ideologia e a política. A compreensão da exigência de neutralidade científica ficou, definitivamente no século XIX. Hoje a necessidade é a de que exista uma ciência comprometida com a realização de determinados fins de concreção dos direitos fundamentais, ou seja, uma ciência comprometida com uma prática de racionalidade científica na resolução dos problemas concretos que se apresentam na comunidade para, neles e a partir deles, realizar a afirmação constante dos direitos fundamentais. A ciência com a consciência da permanente tensão constitutiva e produtiva entre a esfera do sujeito *versus* esfera do objeto, razão *versus* paixão, o público *versus* privado, liberdade *versus* igualdade, forma *versus* conteúdo, substancialismo *versus* procedimentalismo.

Nessa esteira, o desenvolvimento do presente estudo pautou-se pela reconstrução, em seus pontos primordiais, do positivismo e da teoria do direito que lhe deu sustentação, para ressaltar, além das falhas e incompreensões de uma

ciência que aspirou em se reconhecer neutra, também o avanço e o aperfeiçoamento devido, com a intenção de demarcar, apesar de se reconhecer o refinamento teórico alcançado, o seu esgotamento e ultrapassagem em contraste com uma nova perspectiva do direito no constitucionalismo contemporâneo.

O avanço e o aperfeiçoamento do positivismo jurídico estabeleceram-se de maneira mais singular, por meio do desenvolvimento teórico produzido por Herbert Hart, especialmente em resposta às críticas feitas por Dworkin. É importante singularizar o quanto esta discussão, travada entre dois grandes teóricos do direito, contribuiu para a evolução doutrinária e reflexão do positivismo jurídico e da própria teoria do direito. Sem ela, talvez não se produzissem as compreensões necessárias para afirmar-se, hoje, a superação da perspectiva juspositivista de se conceituar, compreender e, também, de se querer o direito. Ao final, parece que Hart, tanto quanto Dworkin, contribuiu, ainda que esta afirmação possa parecer paradoxal, para um avanço tão grande da teoria do direito, que fez com que esta ultrapassasse os limites de sua sustentação positivista.

Embora, conforme afirmado ao longo deste trabalho, os positivistas e também os utilitaristas jamais tenham desconhecido as relações existentes entre a moral e o direito, sempre entenderam que a adoção pelo direito de um ponto de vista moral levaria à impossibilidade de que a este existisse crítica que pudesse ser formulada, já que o direito incluiria em si mesmo o próprio conceito de justo ou de bom. Ainda quando este avanço e refinamento doutrinário conquistado pelo positivismo (positivismo inclusivo), reconhece a possibilidade de relações eventuais e contingentes entre o direito e a moral, e, em função disso, alcançando inclusive a adesão por parte dos autores neoconstitucionalistas, ainda assim, esta parece ser uma tentativa de salvar o positivismo jurídico da sua defasagem para com a realidade, atribuindo-lhe características que vão de encontro com os seus próprios postulados, singularmente com a tese da separação entre o direito e a moral. Neste sentido, é possível aqui relembrar, mais uma vez, o caso do chamado positivismo inclusivo incorporacionista, que adota a compreensão de que a relação entre a moral e o direito é apenas contingente, mas, por outro lado, ao entender que a moral é incorporada ao direito não apenas como critério de identificação das normas, mas também no desempenho de importante papel na própria aplicação do direito, acaba por reconhecer, ainda que silenciosamente, a tese da relação necessária entre a moral e o direito.

Assim, no atual momento da teoria constitucional e da própria teoria do direito, é necessário ter uma postura doutrinária sincera e corajosa e admitir que o positivismo jurídico e a mentalidade que lhe deu sustentação encontram-se desajustados em face da realidade das ordens constitucionais atuais, estabelecidas como sistemas abertos de regras e princípios. A normatividade atribuída hoje aos princípios e o tipo de interpretação que o direito passa a requerer em função do abrigo deles são incompatíveis com os postulados do positivismo jurídico, singularmente, conforme já se observou, com a tese da neutralidade ou da separação entre o direito e a moral. A necessidade atual da teoria do direito e do próprio constitucionalismo contemporâneo, pressuposto o vencimento do suporte positivista, é avançar no sentido de melhor desenvolver uma teoria adequada da argumentação jurídica e da adjudicação.

Observe-se, ainda, não ser mais possível e nem sequer desejável que o direito possa ser definido e compreendido sem tomar-se em consideração uma finalidade que lhe deve ser intrínseca e constitutiva. Não basta pensar o que é o direito desvinculado de uma compreensão teleológica. Interessa saber também que o “direito que é” está comprometido com um determinado objetivo que ultrapassa a ideia de segurança jurídica. A finalidade é um elemento que também identifica o direito hoje, e a finalidade do direito é o compromisso com a concretização dos direitos fundamentais. Os princípios normativos são chaves que abrem para inúmeras possibilidades de reconhecimento e defesa dos direitos. Ao mesmo tempo, são estes mesmos princípios que se constituem em ponte de ligação entre o direito e a moral.

O “direito que é” é o “direito que deve ser” comprometido com a concretização dos direitos fundamentais. O direito serve para tal e deixa de sê-lo quando perde este propósito que o legitima.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y moral**: ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ARIZA, Santiago Sastre. Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.24, p.579-601, 2001.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Dejemos atrás el positivismo jurídico. **Isonomia**, n.27, p.7-28, oct. 2007.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto senza società**: dal disincanto all'indifferenza. Bari: Dédalo, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n.15, jan./fev./mar. 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. (Coleção Elementos de Direito).

BOBBIO, Norberto. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CALSAMIGLIA, Albert. Por que é importante Dworkin? **Doxa**, n.2, p.159-165, 1985.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v.21, n.1, p.209-220, 1998.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. Tradução de Ángeles Ródenas. **Doxa**, n.25, p.303-331, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Complejidad y Derecho. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v.21, n.2, p.65-78, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Forum, 2011.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metametateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginación. In: PETIT, Carlos (Ed.). **Pasiones del jurista**: amor, memoria, melancholia, imaginación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. Tradução de Raíssa Mendes, Revisão de Menelick de Carvalho Netto. In: CARVALHO NETTO, Menelick. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v.3, n.5, p.27-71, jan./jun. 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESCUADERO ALDAY, Rafael. Algunos argumentos frente al positivismo jurídico incluyente. In: DIMOULIUS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

FERNÁNDEZ, Luis Manuel Sánchez. Ironías, falácias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.25, p.333-367, 2002.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Positivismo blando y la distinción entre el derecho y la moral. Tradução de Raymundo Gama Leyva. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.27, p.63-79, 2004.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

HART, Herbert L. A. Ensaio 2: o positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: _____. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HART, Herbert. **O conceito de direito** (com Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Martins Fontes, 2009.

HIERRO, Liborio L. Porqué ser positivista? **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.25, p.263-302, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. 2.ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRISTEVA, Julia. **El lenguaje, ese desconocido**: introducción a la lingüística. Tradução de Maria Antoranz. Madrid: Fundamentos, 1988.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**: diálogos com Philippe Nemo. Lisboa: Edições 70, 1982.

LOSANO, Mário. Introdução. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÖWY, Michael. **Ideologia e ciência social**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1989.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Revista Seqüência**, v.24, n.47, p.11-31, dez. 2003.

MacCORMICK, Neil. En contra la ausencia de fundamento moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y moral**: ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003.

MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.43, n.171, p.91-105, jul./set. 2006.

MORESO, José Juan. En defensa del positivismo jurídico inclusivo. In: NAVARRO, Pablo; REDONDO, María Cristina (Org.). **La relevancia del derecho**: ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona: Gedisa, 2002.

NAVARRO, Pablo E. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. **Doxa**, n.24, p.133-163, 2001.

NICZ, Alvacir Alfredo. O processo de mutação constitucional visando o alcance da efetividade e concretização dos direitos fundamentais. In: NICZ, Alvacir Alfredo; ANDREATO, Danilo (Coords.). **Estado, direito e sociedade**. São Paulo: Iglu, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado e do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

ÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Ernildo Stein. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia del derecho**: moderna y contemporânea. Madrid: Tecnos, 2002.

POZZOLO, Susanna. Riflessioni su inclusive e soft positivism. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Eds.). **Analisi e diritto 1998**: ricerche di giurisprudenza analítica. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. p.229-242.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v.21, n.2, p.339-353, 1998.

POZZOLO, Suzanna. **Neocostitucionalismo e positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 2001.

POZZOLO, Susanna. Metacritica del neocostituzionalismo: una risposta ai critici di 'neocostituzionalismo e positivismo giuridico'. **Diritto e Questioni Pubbliche**, n.3, 2003.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Tradução e introdução de José Maria Rodríguez Paniagua. Madrid: Aguilar, 1971.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REDONDO, M. Cristina. Reglas "genuínas" y positivismo jurídico. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Eds.). **Analisi e diritto 1998**: ricerche di giurisprudenza analítica. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos em pocas palabras. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.30, p.665-675, 2007.

RIVAS, Pedro. La interpretación del derecho em el positivismo ético contemporáneo. **Isegoría**, n.35, p.73-87, jul./dic., 2006.

ROBLES, Gregório. Hart: algunos puntos críticos. **Doxa**, v.21, n.2, p. 371-402, 1998.

SALMERÓN, Fernando. Sobre moral e derecho: apuntes para la historia de la controversia Hart- Dworkin. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y moral**: ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003.

SANCHÍS, Luís Pietro. Teoría del derecho e filosofía política em Ronald Dworkin. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v.5, n.14, p.353-377, mayo/ago. 1985.

SANCHÍS, Luís Pietro. **Constitucionalismo e positivismo**. 2.ed. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

SANTIAGO, Alfonso. Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo. **Díkaion**, Chía, Colombia, v.22, n.17, p.131-155, dici. 2008.

SANTIAGO, Carlos Ortega. El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo. **Teoría y realidad constitucional**, n.21, p.331-353, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. In: _____ (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

SILVA, Davi José de Souza da. **A moralidade política na prática judicial em Dworkin**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI (GRUPO DE TRABALHO FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO), 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais...**, Belo Horizonte, 15, 16, 17 nov. 2007.

SILVEIRA, Sheila Stoltz. El positivismo jurídico exclusivo: una introducción a la teoría de Joseph Raz. **Revista Jurídica - CCJ/FURB**, v.12, n.23, p.25-43, jan./jun. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o "problema da discricionariedade dos juízes"**. Disponível em: http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2011.

TAVARES, Rodrigo de Souza. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. **Jus Navigandi**, Teresina, v.12, n.1418, 20 maio 2007. Disponível em: <<http://meujus.com.br/revista/texto/9897>>.. Acesso em: 24 nov. 2010.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Derecho y moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y moral**: ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e o senso comum teórico dos juristas. In: _____. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v.2. p.27-34

WARAT, Luiz Alberto; CARDOSO, Rosa Maria. **Ensino e saber jurídico**: epistemologia e teoria kelseniana. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WARAT, Luis Alberto; CARDOSO, Rosa Maria. Epistemologia e teoria kelseniana. In: _____. **Ensino e saber jurídico**: epistemologia e teoria kelseniana. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: Imprensa Oficial/UNB, 2004. v.2.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: lei, derechos, justicia. 5.ed. Madrid: Trotta, 2003.